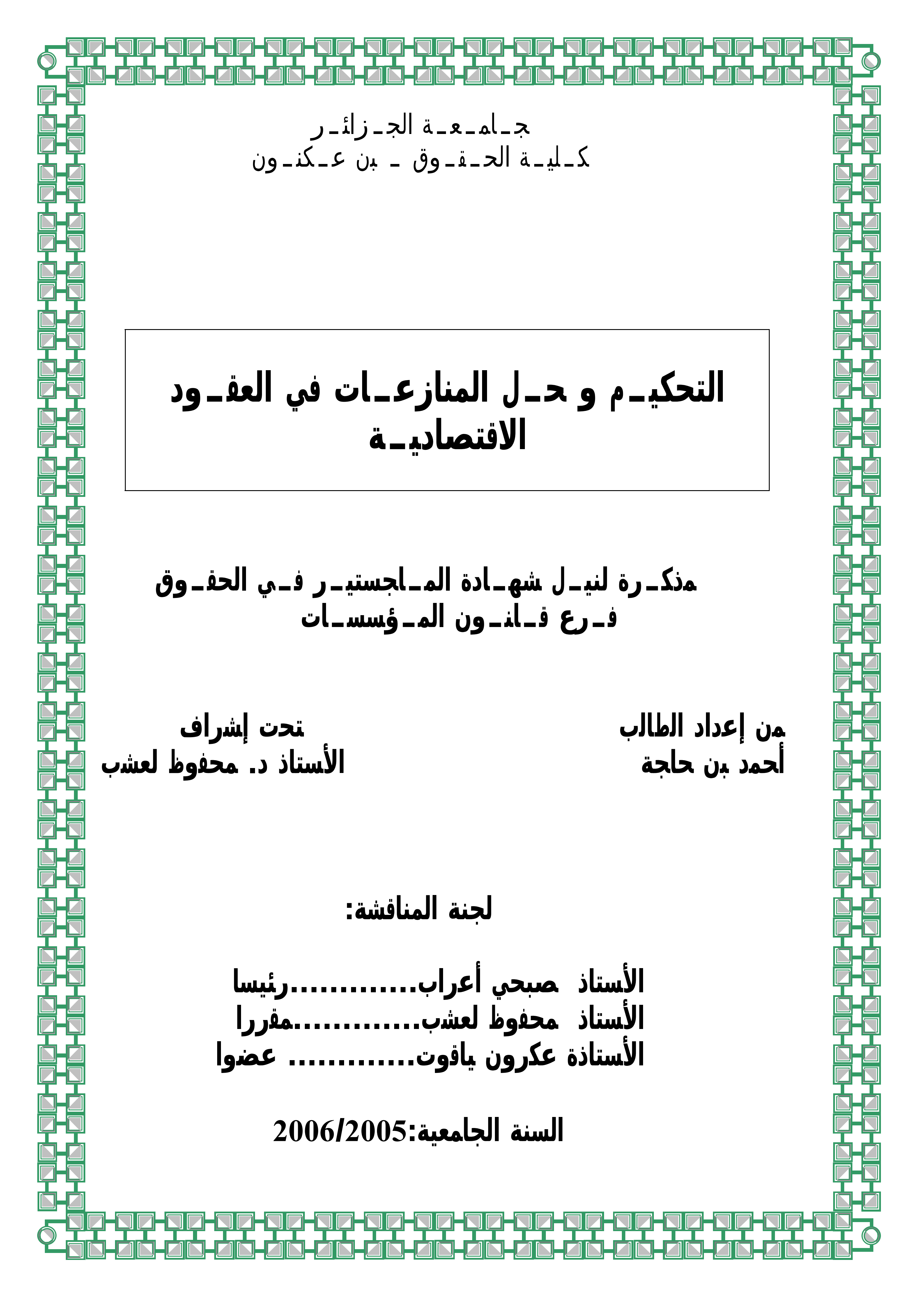


جـامـعـة الجـزائـر
كـليـة الحـقـوق ـ بن عـكنـون

التحكيـم و حـل المنازعـات في العقـود الاقتصاديـة

مذكـرة لنيـل شهـادة المـاجستيـر فـي الحقـوق
فـرع قـانـون المـؤسسـات

من إعداد الطالب
أحمد بن حاجة

تحت إشراف
الأستاذ د. محفوظ لعشب

لجنة المناقشة:

الأستاذ صبحي أعراب.............رئيسا
الأستاذ محفوظ لعشب.............مقررا
الأستاذة عكرون ياقوت............. عضوا

السنة الجامعية:2006/2005



إهـــداء

إلى من أردت تحقيق أملهما في حياتهما، و تكليل تعبهما في تربيتي بنجاحي....

إلـى الوالـدين، أطال ا عمرهما، إلى زوجتي و أبنائي أهدي هذا العمل المتواضع.

مـقـدمـة

إذا كان مصطلح التحكيم التجاري الدولي قد استعمل لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد في نيويورك في الفترة ما بين 20 ماي و 10 جوان 1958 وانتهى بالتوقيع على اتفاقية نيويورك [1] في سنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، ثم من بعدها الاتفاقية الأوروبية في جنيف في 21 أفريل1961. إلا أن وجوده يعود إلى روما القديمة مع اتساع سلطة القاضي وظهور عدالة حسن النية، حيث عرف الرومان التحكيم الاختياري كما نتصوره اليوم.

مما لا شك فيه أن ذلك التطور الذي عرفته التجارة الدولية، و عرفه الاستثمار أدى إلى انتشار التحكيم على الصعيدين الدولي و الوطني، و تزايد اللجوء إليه لحل النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، نظرا لما يوفره من مزايا عديدة لا يوفرها القضاء العادي.

والحقيقة أن التحكيم التجاري الدولي قد ارتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب، حيث كانت هذه التجارة الدولية هي ميدان إنمائه وتطوير قواعده، ومع بداية القرن 19 وبداية التوحيد الجغرافي والسياسي، وحركة التقنينات الوطنية، أفل نجم التحكيم التجاري الدولي وأدمجت عادات وأعراف التجار - التي كانت تشكله - في القوانين الداخلية وتميزت هذه الفترة بسيطرة النزعة "الشوفينية" فيما يتعلق بالسلطات القضائية للدولة. أما في عصرنا الحالي فلقد تغير الوضع نتيجة لزيادة معدل التجارة الدولية واتساع نطاقها نتيجة لزيادة وسهولة المواصلات وانتشار العقود ذات الشكل النموذجي والوكالات والهيئات المتخصصة في التجارة الدولية، واتفاقيات التجارة الدولية والشركات ذات الطابع الدولي، والشركات متعددة الجنسيات.

---

[1] / انضمت الجزائر إلى اتفاقية نيويورك بمقتضى المرسوم رقم 233/88 مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك في 10 جوان 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها.

ولقد أدت الاختلافات الأيديولوجية بين النظم الاجتماعية والاقتصادية المعاصرة إلى ابتعاد العلاقات الدولية عن سيطرة قانون الدولة، لتحكمها قواعد مهنية وعرفية. [1]

ولأجل إعطاء صورة واضحة للتحكيم التجاري الدولي ولتجنب أي لبس وخلط في هذا المقام التطرق بصفة موجزة لما قد يتشابه به من وسائل أخرى لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود في المجال الاقتصادي الدولي، و ذلك مثل التوفيق و المصالحة و الخبرة.

فللتحكيم معنى اصطلاحي قانوني يتمثل في أنه قضاء خاص يستند على الإرادة المشتركة لأطراف العقد، ويكمن الفرق بين التحكيم و التوفيق في أن الوسيط العادي يقوم بالتوفيق دون أن يقدم أي اقتراح من عنده. أما الوسيط المصالح، فإنه يقدم اقتراحا كاملا لتسوية النزاع ويسعى لموافقة الطرفين على اقتراحه. وهذا ما يتم في النظام المعروف بالإجراءات المختصرة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، كما أن هناك نظام آخر للوساطة في أمريكا يتمثل في استئجار قاضي متقاعد تعينه المحكمة بناء على طلب الطرفين ليقوم بمهمة الوساطة بين الخصوم في سبيل تسوية المنازعة. فنطاق المصالحة إذا هو أوسع من التحكيم.

ففي المصالحة، يكون الحل مستندا إلى إرادة الخصوم، بمساعدة الموفق. بينما يكون الحل في التحكيم، مفروضا على الخصوم من طرف المحكم، ودون أن يكون لإرادة الخصوم دخل في قرار التحكيم. و الموفق يعرض حلا على الخصوم ليقبلوه، أو يرفضوه أو يعدلوه. بينما يعتبر المحكم قاضيا يفرض قراره على الخصوم، و يعتبر حائزا على قوة الشيء المقضي به. بينما لا يتمتع الحل الذي يعرضه الموفق بتلك القوة.

أما التمييز بين التحكيم والخبرة، فلقد اعتمد القضاء في ذلك معيارين: أولهما موضوعي يتمثل في اعتبار الشخص المعين من قبل الأطراف بأنه محكما و ليس خبيرا نظرا لوجود نزاع قائم بينهما يستلزم الحل.

[1] / د. أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – دار الفكر العربي القاهرة 1981 ـ ص 5 و ما بعدها .

والمعيار الثاني الذي يتمثل في معرفة ما كان يقصده الطرفان عند تعيينهما للشخص المذكور. ويقضي بأن القصد هو تكليف ذلك الشخص بإيجاد حل يتمثل في إصدار قرار لحل النزاع و إعطائه الصلاحية القضائية ضمنا. ويتمثل العنصر المشترك بين الخبرة و التحكيم في تدخل الغير لحل النزاع. أما المراقب فهو مساعد يتم تعيينه من قبل المحكمة سواء كانت تحكيمية أو محكمة عادية.

و تتمثل مهمته في متابعة الإجراءات، و تقديم تقارير إلى الجهة التي عينته. فلا يصدر قرارا ولا يدلي برأيه.

ويختلف التحكيم عن القضاء العادي في كون اللجوء إليه يقتضي وجود اتفاق بين الطرفين أو نص في القانون. بينما اللجوء إلى القضاء العادي فهو حق عام يستعمله الشخص تلقائيا دون الحاجة إلى الحصول على أية موافقة من خصمه أو الاستناد إلى نص قانوني.[1]

كما للتحكيم مكانة كذلك في الشريعة الإسلامية، استنادا إلى القرآن الكريم و السنة المطهرة. حيث يقول الله سبحانه في سورة النساء: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا ". صدق الله العظيم.

و في آية أخرى يقول الله سبحانه: " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل "

فكل من هاتين الآيتين الكريمتين تنصان على مبدأ التحكيم. تعتبر الأولى منهما خاصة بالنزاعات العائلية بين الزوجين، و قد اختلفت المذاهب الإسلامية في هذا التحكيم على رأيين:

يعتبر الأول منهما، و الذي اعتنقه كل من المذهب الحنفي و الشافعي في أحد قوليه

---

[1] / أنظر طالب حسن موسى ، الموجز في قانون التجارة الدولية- دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1997 عمان ص 152 و 166 و ما بعدها

و د. محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي – (دراسة في قانون التجارة الدولية) دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع ص 15

و أحمد في إحدى الروايتين عنه، أن مهمة المحكمين هي المصالحة فقط. و في حالة عجزهما عن ذلك، يرفعان الأمر إلى القاضي الذي يملك وحده إصدار قرار إلزامي لكن بدون التفريق بين الزوجين.

و يعتبر الرأي الثاني أن مهمة المحكمين هي السعي للمصالحة أولا، و في حالة عجزهما عن ذلك، يصدران قرارا إلزاميا و لو بالتفريق بين الزوجين، و يجب على القاضي أن يأخذ بهذا القرار. فالمحكمان هنا ليسا وكيلين عن الزوجين و إنما هما حكمان لهما حق الحكم. و هذا رأي المالكية و الشافعي في القول الثاني له و أحمد في الرواية الثانية عنه.

أما الآية الثانية فهي عامة لجميع المنازعات. أي بإمكان المحكم أن يفصل في النزاع و يصدر قرارا ملزما للمتخاصمين في حالة عجزهم عن التصالح بينهم.

و يتعين تنفيذ هذا القرار دون أن يتوقف على رضا المتخاصمين. اتفق على ذلك جمهور الفقهاء و اعتبروا حكم المحكم كحكم القاضي. [1]

و في السنة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم، رضي بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر يهود بني قريظة، حين جنحوا لذلك و رضوا بحكمه.

(أخرجه البخاري و هو موجود في كتاب السيرة)

كما أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال لأبي شريح:" لما تكنى أبا الحكم" فقال: "إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الطرفان." فقال رسول الله : "ما أحسن هذا " (أخرجه أبو داود و النسائي و إسنادها حسن)

و يعتبر قرار المحكم ملزما للطرفين دون الحاجة إلى أي إجراء. هذا عند أحمد وأبي حنيفة والشافعي. وفي رواية أخرى عن الشافعي أن القرار لا يلزم الطرفين إلا إذا ارتضياه. [2]

وهناك اعتبارات عديدة ساهمت في ازدهار وانتشار التحكيم التجاري الدولي وزادت في الإقبال عليه كنظام قانوني لحل المنازعات.

1/ IslamOnline.net- المستشار فيصل مولوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية ص 1و2

2/ أنظر د. محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية)ـ مرجع سابق ـ ص 93 - 94

ولعل أبرز هذه الاعتبارات هي:

1. يعتبر التقاضي أمام المحاكم التابعة للدولة بطيء ومعقد، وهذا عيب لا يمكن تجاوزه في مجال التجارة الدولية إن كان محتملا في المعاملات المدنية، إذ يعتبر ذلك تعطيل لحركة دوران الأموال ويهدد برامج تنفيذ التعهدات ويربك خطط التجار و المستثمرين.

ولهذا نجد عزوف أطراف المنازعات في عقود التجارة الدولية عن عرض نزاعاتهم على المحاكم العادية، ويفضلون إحالتها على التحكيم، لأن ذلك يعطيهم الحق في تعيين المحكم ومكان التحكيم والقانون أو القواعد الواجب تطبيقها، ومن ثم اتقاء سلبيات نظام التقاضي لدى المحاكم العادية. هذا من جهة.

ومن جهة أخرى نجد أن القاضي العادي يلتزم بتطبيق القانون تطبيقا جامدا لأنه مقيد بنصوص الواجب عليه احترامها – كما أشرنا – ولا يجوز له مخالفتها. غير أن المحكم يتمتع بحرية أكبر، تسمح له بالتقدير والفصل في النزاع المعروض عليه بما يحقق مصلحة الطرفين، ولو اقتضى الأمر الخروج عن منطق النصوص.

2. يعتمد القضاء العادي على العلنية في ضمان العدالة، بينما يعتمد التحكيم على سرية المنازعة وجلسات المرافعة. وهذا ما يفضله أطراف المنازعات في مجال التجارة الدولية حرصا على سرية معاملاتهم وتنقل أموالهم.[1]

3. حلت الدول محل الأفراد الذين كانوا يمثلون أطراف الخصومة، إذ تمكنت بذلك هذه الدول وأشخاصها المعنوية من الحفاظ على مواقعها السياسية والسيادية بين الدول بفضل التحكيم الذي يجنبها الوقوف كخصم أمام قضاء دولة أجنبية.

4. يمكن بفضل اللجوء إلى التحكيم الدولي تجنب الصعوبات الناشئة عن اختلاف الأنظمة السياسية والاقتصادية للدول، لأنه قد تثور نزاعات في إطار التجارة الدولية، بين أفراد من

---

[1] / نجد أن السرية في التحكيم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك منصوص عليها في لائحة غرفة التجارة الدولية في المادة 23. و المادة 48 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965 .

كما يمنع قانون التحكيم المصري الجديد في المادة 44 . فقرة 2 منه . نشر حكم التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف النزاع.

دول ذات اقتصاد حر أو اقتصاد موجه، ودول صناعية كبرى، أو دول غير صناعية ودول ذات دخل مرتفع وأخرى ذات دخل ضعيف.

5. يقوم التحكيم على أساس الثقة بين أطراف النزاع وبين هيئة التحكيم، مما يسمح بخلق نوع من الحوار بينهما.[1]

وبناء على هذه المزايا والأهمية التي اكتسبها التحكيم التجاري الدولي، قامت الدول بإبرام اتفاقيات عديدة ومعاهدات على المستوى الإقليمي والدولي، وأنشأت هيئات ومراكز تحكيم دائمة منها ما هو متخصص على كل أنواع التجارة الدولية ومنها ما هو متخصص في حل النزاعات الناشئة عن العقود الاقتصادية المبرمة في مجال معين من التجارة الدولية. وانتشرت هذه الهيئات والمراكز عبر العالم فمنها المحلي ومنها ما هو دولي وسوف نتطرق لذلك كله في حينه.

أما فيما يخص التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، فيرجع الكلام عنه إلى غداة الاستقلال، حيث انتقلت الجزائر من موقف رافض ومناهض للتحكيم، إلى تكريسه بنص تشريعي داخلي كما سنبين ذلك لاحقا.

فبناء على التحولات التي يعيشها العالم وخاصة الاقتصادية منها والمتمثلة في بروز التكتلات الاقتصادية على المستوى الدولي والإقليمي في الآونة الأخيرة.
وكون الجزائر جزء لا يتجزأ من المنظومة الدولية في إطار العولمة، وخاصة بعد مصادقتها على اتفاق الشراكة الأورو متوسطية مع الاتحاد الأوروبي، وسعيها الحثيثة بالموازاة مع ذلك للانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، و بحكم إقبال الساحة الاقتصادية في الجزائر على استقبال المستثمرين من مختلف الجنسيات سوف تكون هي كدولة، أو المؤسسات الاقتصادية التابعة لها طرفا في مختلف العقود الاقتصادية. ولا شك في أن

---

[1] / محمد عبد الفتاح ترك – التحكيم البحري – دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 2003، ص 15 - 19.

التعاملات الاقتصادية في هذا الإطار، وقد تؤدي في حالات إلى حدوث نزاعات بين المتعاملين الوطنيين و الأجانب. تلك النزاعات التي تستدعي تسويتها اللجوء إلى إحدى وسائل التسوية السلمية للنزاعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير العقود الاقتصادية في مجال التجارة الدولية. و من هنا كان اختيارنا لهذا الموضوع، حتى نبين ضرورة اللجوء إلى التحكيم باعتباره وسيلة من هذه الوسائل، و كيفية التعامل مع النزاعات في ميدان التجارة الدولية. الشيء الذي يفرض على الجزائر - كمؤسسات و كأفراد - الاستعداد الكافي من الناحية القانونية لمواجهة تلك الأوضاع.

ولقد تبنت الجزائر مجموعة من الترتيبات التمهيدية لذلك نذكر منها:

الخروج التدريجي من الاقتصاد المخطط إلى اقتصاد السوق، و فتح المجال أمام الاستثمارات الأجنبية، و مراجعة التعريفة الجمركية، و ذلك استجابة لما يفرضه الاقتصاد الحر.

ونركز في بحثنا هذا على التحكيم التجاري الدولي باعتباره وسيلة من وسائل تسوية النزاعات الناشئة عن العقود التجارية التي تقوم بإبرامها كدولة أو المؤسسات و الهيئات التابعة لها، و نحاول من خلال هذا البحث إبراز دور التحكيم في حل هذه النزاعات باعتماد المنهج التحليلي والاستقرائي للتمكن من الإحاطة و الإلمام بمختلف المحاور المرتبطة بهذا الموضوع.

و عليه سوف نقسم هذه الدراسة إلي ثلاثة فصول.

الفصل الأول: تطور التحكيم التجاري الدولي

ونتناول فيه تطور التحكيم التجاري الدولي على مستوى الوطن العربي ضمن المبحث الأول، و نتطرق في المبحث الثاني إلى تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر منذ اتفاقيات إيفيان إلى غاية تاريخ 1994 صدور مرسوم قانون يتعلق بالتحكيم وهو المرسوم رقم 08/94 المعدل للقانون رقم 01/88.

الƽ ل الƜاني: اتƼاق التحكيǅ

نتناول فيƌ اتƼاق التحكيǅ وأƫكالƌ ضمن المبحƚ اǓول، أما المبحƚ الƜاني فنتطرق فيƌ إلى طبيعƨ التحكيǅ و المبحƚ الƜالƚ نƈƫ ƫ ƌ لدراƨ ƛ هيƏƗ التحكيǅ.

الƽ ل الƜالƚ : نتناول فيƌ القانون الواجƒ التطبيق

حيƚ نتطرق في المبحƚ اǓول للقانون الواجƒ التطبيق على إجراƅات النزاƱ

أما المبحƚ الƜاني فنتناول فيƌ القانون الواجƒ التطبيق على الموضوƱ.و نتطرق في المبحƚ الƜالƚ إلى ƿضيƨ مدǎ مƜئمƨ التحكيǅ لحل النزاعات في بعƯ العقود مƛل عقود الدولƨ و مدǎ ƿابليتها للتحكيǅ. كما ƛنحاول ƛتƛليط بعƯ الضوƅ على فكرƔ اللجوƅ إلى التحكيǅ لحل النزاعات في إطار المنضمƨ العالميƨ للتجارƔ، و كذلƃ في إطار اتƼاق الƫراكƨ اǓورو متوƛطيƨ الذي وƿعتƌ مƮƑرا الجزائر مع اǗتحاد اǓوربي.

الفصـــل الأول
تطور التحكيم التجاري الدولي

لقد كان من شأن زيادة معدل التجارة الدولية ونموها، وتعدد مجالاتها، و تطورها وتطور العلاقات التجارية بين الشرق والغرب، وتطور مجال الاستثمار الأجنبي وانتشاره و في الوقت الذي أثبتت فيه النظم القضائية الوطنية عن قصورها و عدم كفايتها لمواجهة عقود التجارة الدولية، و تسوية ما ينشأ عنها من منازعات و خاصة أن الدول العربية و الدول السائرة في طريق النمو بشكل عام، إذ تعوزها معظم التشريعات الغربية
و الاتفاقيات، باستبعاد تطبيق قوانين هذه الدول وتفضيل اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عن العقود التي يبرمها رعاياها أو شركاتها مع هذه الدول.

وأمام إصرار المستثمرين على استبعاد تطبيق قوانين الدول المضيفة للاستثمار واللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي الذي ترى فيه الدول الرافضة له مساسا بسيادتها القضائية، و أمام حاجتها للتعامل التجاري و الاستثمار لتطوير اقتصادها، لم يكن أمام هذه الدول سوى الرضوخ للأمر الواقع والتسليم من طرف عدد كبير من الدول بمدى فائدة التحكيم كوسيلة لحسم النزاعات الاستثمارية.لأن المتعاملون في التجارة الدولية هم من جنسيات مختلفة و لا يقبل أحدهم الخضوع لقضاء دولة الآخر، كونه يجهل قانون الدولة الثانية. و قد يكون غير مطمئن لقضائها. و لهذا فليس أمام الطرفين إلا التحكيم كوسيلة لحسم النزاع بينهما دون خضوع أحدهما لقانون الآخر.

المبحث الأول: تـطـور الـتحكيـم التجـاري الـدولـي علـى مستـوى الوطـن العربـي.

نظرا للأهمية التي اكتسبها التحكيم في المجال الدولي، قد اهتمت به دول عربية كثيرا و في مجالات مختلفة، سواء من حيث إبرام اتفاقيات دولية إقليمية، أو الانضمام لاتفاقيات قائمة، أو وضع تشريعات وطنية تتلاءم مع القواعد الدولية للتحكيم، و مع متطلبات التجارة الدولية، أو من حيث إنشاء مراكز و هيئات تحكيم عربية، و عقد مؤتمرات و ندوات حول التحكيم.



فمن حيث الاتفاقيات الدولية – العالمية – انضمت أحد عشر دولة عربية لاتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. و من الاتفاقيات الدولية الإقليمية، هناك العديد من الاتفاقيات ما بين الدول العربية مثل اتفاقية صندوق النقد العربي، واتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1974، وميثاق إتحاد البريد العربي، وميثاق الاتحاد العربي للمواصلات السلكية و اللاسلكية. ونتطرق فيما يلي لأهم هذه الاتفاقيات التي أبرمت على صعيد الوطن العربي و المتعلقة بمجال التحكيم و التي يمكن تقسيمها إلى مجموعتين: [1]

الأولى: الاتفاقيات المتضمنة تسوية النزاعات عن طريق التحكيم و أبرزها:

- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980
- الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987

الثانية: الاتفاقيات المتضمنة تنفيذ قرارات التحكيم و أبرزها:

- اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لعام 1952
- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983

المطلب الأول: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1981

تم التوقيع على هذه الاتفاقية في عمان عام 1980 وأصبحت سارية المفعول منذ 24سبتمبر 1981 ، و انضمت إليها 21 دولة عربية. ماعدا مصر، عمان و الجزائر و جاءت تكملة لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية، و بين مواطني الدول العربية الأخرى، التي تم التوقيع عليها في جوان 1974. غير أن هذه الاتفاقية لم تنشئ مركزا للتحكيم و لا هيئة لمراقبة تطبيق ما تضمنته من نظام للتوفيق و التحكيم. بل أوكلت إلى الأمين العام للجامعة العربية صلاحية تعيين المحكمين

[1] / المحامي حمزة حداد: اتجاهات حديثة في التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر " نحو تحكيم في دول البحر المتوسط و الشرق الأوسط " ، القاهرة 24و 25 آذار 2001 – موقع مركز القانون و التحكيم Law & Arbitration Center

و تقدير الأتعاب، في حين أن هذه المهام عادة ما توكل إلى مراكز التحكيم الدائمة.[1]

ونصت بنود هذه الاتفاقية على تسهيل تنقل رؤوس الأموال العربية داخل الدول العربية و ذلك في المواد (5،6،7،8،12،13،22،23،24) ووضعت ضمانات لحمايتها في المواد (9،10،11). كما بينت الاتفاقية الطرق التي يمكن للأطراف إتباعها لحل النزاع. وهي ما نصت عليه المادة (25) منها وهذا نصها: " تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية . "

و أهم ما جاء في الاتفاقية نبينه فيما يلي:

1- هي لا تختلف عن اتفاقية تنفيذ الأحكام في مجال الإقليمية و مجال الانضمام إليها ، كما يتجسد عنوان هذه الاتفاقية بنص المادة الأولى:" هو انتقال رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي و تحويله إليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الاتفاقية . "

2- تضمنت الاتفاقية تشكيل هيئة قضائية بمثابة محكمة للاستثمار العربي تختص وفقا لما نصت عليه المادة (29) فقرة (1) من الاتفاقية بالفصل فيما يعرض عليها من المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها، و ما يعاب على هذا النص هو أن المحكمة لا تنظر في منازعات الاستثمار بشكل عام و إنما فقط ما يتعلق بأحكام الاتفاقية.

3- أما فيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم و التوفيق فقد تم التعرض له ضمن ملحق تضمن بعض الأحكام المتعلقة بهما، وعلى الخصوص المادة (2) من هذا الملحق المتعلقة بأحكام التحكيم حيث نصت الفقرة (1) منها على جواز اللجوء إلى التحكيم بعد فشل محاولة التوفيق.

4- تركت الاتفاقية لأطراف النزاع حرية الاتفاق على اختيار عدد محكمين أو محكم واحد، وعالجت الفقرة (3) كيفية تعيين المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف حيث جاء فيها: " إذا لم يعين الطرف الآخر محكما أو لم يتفق المحكمان على تعيين

[1] / قادري عبد العزيز – الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات)2004 دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع- الجزائر- ص 348 و356.

المحكمة المرجح خلال الآجال المقررة لذلك، تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي من المحكمين بينهم محكم مرجح، ويكون لكل طرف أن يطلب تعيينهم من جانب الأمين العام لجامعة الدول العربية." [1]

5- أسندت الاتفاقية مهمة تعيين مكان التحكيم إلى المحكم المرجح طبقا لنص (الفقرة 5 من المادة 2) كما أسندت كذلك إلى هيئة التحكيم مهمة الفصل في كل المسائل المتعلقة بانعقادها و تحديد الإجراءات ، وتجاهلت الاتفاقية حرية الأطراف في هذه المسائل. [2]

6- يعتبر نطاق الاتفاقية محدود جدا فيما يتعلق بالتحكيم بناء على ما ورد في النقطة الثانية أعلاه.

7- بالنظر إلى نص (المادة 2 فقرة 8)، نلاحظ أنها أهملت الإشارة إلى الإجراءات الخاصة بطلب التنفيذ في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، و عليه تخضع الإجراءات لقواعد القانون الوطني لتلك الدولة. وفي حالة عدم تنفيذ الحكم بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره، تنص (المادة 11 فقرة 2) برفع الأمر إلى محكمة الاستثمار العربي للحكم بما تراه مناسبا لتنفيذ الحكم، رغم عدم ورود ما يفيد مدى سلطة المحكمة على تنفيذ ما لم ينفذ من أحكام التحكيم.

8- أوضحت (المادة 29) من الاتفاقية نطاق تطبيق الاتفاقية من حيث اختصاص محكمة الاستثمار، و ينطبق أيضا على التحكيم. أما أطراف النزاع الذين تشملهم الاتفاقية فنصت على ذلك (الفقرة 2 من المادة 29) سالفة الذكر بما يلي :

" يشترط في النزاع أن يكون قائما :

أ- بين دولة طرف و دولة طرف أو بين دولة طرف و بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأطراف أخرى أو بين المؤسسات و الهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف.

---

[1] / قادري عبد العزيز – الاستثمارات الدولية – مرجع سابق ص 359.

[2] / د فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ج 5 – 1997 دار الثقافة للنشر و التوزيع ـ الأردن ـ ص - 76 و ما بعدها.

ج- بين الأطراف المذكورين في (الفقرة 1 من المادة 22) و بين المستثمرين العرب و قد عرفت (المادة 1 في الفقرة 7) من الاتفاقية المستثمر العربي بأنه: " المواطن العربي الذي يملك رأسمالا عربيا يستثمره في دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها ".

د- بين الأطراف المذكورين في (الفقرتين 1و2) و بين الجهات التي توفر ضمانات للاستثمار طبقا لهذه الاتفاقية "

9- تختلف هذه الاتفاقية عن اتفاقية واشنطن لعام 1965 فيما يتعلق بنطاق التطبيق حيث أن هذه الاتفاقية - الاستثمار رؤوس الأموال العربية – تطبق على حل الخلافات الناشئة عن تطبيق الاتفاقية أو الناتجة عنها، بينما تطبق اتفاقية واشنطن على حل النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى.

10- أما القانون الواجب التطبيق في إطار هذه الاتفاقية بشأن الموضوع فهو القانون أو القواعد التي جاءت بها الاتفاقية نفسها مادام الأمر يتعلق بتطبيق أحكام الاتفاقية أو ما ينتج عن هذا التطبيق حسب نص (المادة 29)، أما القانون أو القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات ، فقد أوردت (المادة 2) من ملحق الاتفاقية بعض القواعد الخاصة بالإجراءات التي يجب على هيئة التحكيم إتباعها عند النظر في النزاع. [1]

المطلب الثاني : الاتـفاقيـة العـربيـة للتحـكيـم التـجـاري لعام 1987

لقد وافق مجلس وزراء العدل العرب في دورته المنعقدة في الرباط في نيسان 1985 من حيث المبدأ على إنشاء هيئة عربية للتحكيم التجاري، و تم تشكيل لجنة من ممثلين عن الدول الأعضاء تقوم بدراسة المشروع و إجراء التعديلات على ضوء المقترحات الواردة من الحكومات العربية، وتم التوقيع على هذه الاتفاقية في دورة مجلس وزراء العدل العرب التي انعقدت في عمان عام 1987

[1] / د فوزي محمد سامي ـ التحكيم التجاري الدولي ـ مرجع سابق – ص 79 و ما بعدها.

و بما أن هذه الاتفاقية ترمي إلى وضع نظام عربي للتحكيم التجاري، فإنها بذلك تختلف عن اتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952، واتفاقية الرياض لعام 1983 اللتان اقتصرت أحكامهما على الاعتراف و تنفيذ الأحكام.

ولعل أهم ما جاء في هذه الاتفاقية ما يلي :

1- يقع نطاق تطبيق الاتفاقية حسب (المادة 2) على المنازعات التجارية الدولية بخلاف اتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952، واتفاقية الرياض لعام 1983 اللتان تطبقان على الأحكام الصادرة، بالإضافة إلى أن هذه الاتفاقية لم تعتمد معيارا خاصا بدولية النزاع كما فعلت اتفاقية نيويورك لعام 1958 حيث يدل مكان صدور قرار التحكيم على معيار دوليته أو أجنبيته ، كما لم تعتمد هذه الاتفاقية معايير تضفي على النزاع الصبغة التجارية .

و نصت (المادة 2) لتحديد نطاق تطبيق الاتفاقية هذه أنها : " تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسيتهم و يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة، أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقرات رئيسية فيها "

إلا أنه ما يعاب على هذه المادة هو عدم الدقة، و تحتمل تفسيرات عديدة. فمثلا هل تطبق أحكام الاتفاقية على نزاع ثار بين موطن إحدى الدول المتعاقدة مع إحدى المؤسسات التابعة للدولة ؟ وهل يخرج هذا النزاع عن الولاية القضائية للدولة على إقليمها ورعاياها ؟ وهل تطبق أحكام الاتفاقية على أشخاص لهم مقرات رئيسية في إحدى الدول المتعاقدة ؟ أي أن طرفي النزاع يقيمان في دولة متعاقدة واحدة. [1]

و الإجابة على هذه التساؤلات – في رأينا – تكمن في نص المادة نفسه، بحيث أننا انطلاقا من أن هذه المادة لا تعتد بجنسية الأطراف ، يمكن بالتالي أن تطبق أحكام هذه الاتفاقية على نزاع ناشئ بين مواطن و مؤسسة من نفس الجنسية شريطة أن يكون هذا النزاع ناتج عن علاقة تجارية.

[1] / د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي – المرجع السابق ص 86 و ما بعدها

أما بخصوص تطبيق الدولة لسلطتها القضائية على إقليمها ورعاياها فذلك مستبعد طالما أن العلاقة التي تربط الطرفين هي علاقة تعامل تجاري شريطة أن تكون هذه الدولة عضو في الاتفاقية.

أما في حالة إقامة طرفي النزاع في دولة متعاقدة واحدة فتطبق على النزاع الناشئ بينهما أحكام هذه الاتفاقية، ويبدو أن المادة السالفة الذكر صريحة في هذا الشأن

2- أقرت الاتفاقية في (المادة 3 الفقرة 1) طريقتين للجوء إلى التحكيم.

- الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقد.

- و الثانية باتفاق لاحق ينص على اللجوء إلى التحكيم – أي مشارطة تحكيم - .

و أوردت (الفقرة 2) من هذه المادة شرطا نموذجيا للتحكيم حيث جاء فيها: " يقترح إدراج الصيغة التالية في العقود التي تخضع للتحكيم: كل النزاعات الناشئة عن هذا العقد، تتم تسويتها من طرف المركز العربي للتحكيم التجاري وفقا للأحكام الواردة في الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري ". وهذا دون النص على شكل معين لاتفاق التحكيم إلا أنه يمكن الفهم ضمنا شرط الكتابة مثل ما هو الحال في الاتفاقيات الأخرى التي تشترط أن يكون الاتفاق مكتوبا، وعليه يكون الاتفاق اللاحق للعقد و الخاص بحل المنازعات عن طريق التحكيم مكتوبا أيضا.

و في هذا الإطار تتفق هذه الاتفاقية مع القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أوجب الكتابة كشرط لانعقاد الاتفاق، وهو ما رددته أيضا المواد 32 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1950، المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، المادة 1677 من القانون البلجيكي لعام 1972، و (المادة 2 الفقرة 1) من اتفاقية نيويورك التي انضمت إليها الجزائر سنة 1988.

3- قررت الاتفاقية إنشاء مركز تحكيم يسمى " المركز العربي للتحكيم " له شخصية معنوية و يرتبط إداريا و ماليا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، يقع بمقر الأمانة بالرباط. و تتعلق المواد من 05 إلى 13 من الاتفاقية بكيفية تشكيل المركز العربي للتحكيم و مواعيد انعقاد دوراته وكيفية اتخاذ القرارات ، واختصاصات مجلس إدارته ، و مكتب المركز و اختصاصاته.

4- تضمنت الاتفاقية قضية المحكمين، و تناولتها في المادتين 14 و15 التي نصت على أن يعد مجلس إدارة المركز سنويا قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون و القضاة و من ذوي الخبرة العالية و الاطلاع الواسع في التجارة و الصناعة والمال، متمتعين بالسمعة و الأخلاق الحسنة.

كما نصت الاتفاقية على تأدية المحكمين لليمين أمام رئيس المركز.

5- أخذت الاتفاقية بمبدأ حرية الأطراف في اختيار المحكمين، ونصت (المادة 15 في الفقرة 1) على أن تتألف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء، و يجوز للطرفين الاتفاق على محكم واحد [1] ولم تشترط الاتفاقية في تشكيلها النهائية اختيار المحكمين من بين الأسماء الموجودة في قائمة المركز المشار إليها، و إنما تركت الحرية في ذلك للأطراف لاختيار محكميهم سواء من بين الأسماء الواردة في القائمة التي أعدها المركز أو من خارجها. إذ حذت هذه الاتفاقية حذو مراكز التحكيم الدولية الأخرى ، ولم تكن عملية إعداد قائمة بأسماء المحكمين سوى تسهيلا لمهمة أطراف النزاع ، أو لاستعمالها من طرف مكتب المركز لتعيين المحكم في حالة عدم قيام طالب التحكيم بذلك

6- أقرت المادة 22 أن يكون مكان التحكيم في مقر المركز بالرباط إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك بعد موافقة هيئة التحكيم على المكان المختار، و نستخلص من ذلك بان حرية اختيار مكان التحكيم من قبل الأطراف مقيدة بموافقة هيئة التحكيم

7- أما المادة 21 من الاتفاقية فقد تناولت القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث نصت (الفقرة 1) على أن: " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفقا عليه صراحة أو ضمنا إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة ".

ونصت (الفقرة 2) على أن تفصل الهيئة في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك.

[1] / د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي ـ المرجع السابق ص 88

و المُلاحظ أن ما أخذت به الاتفاقية يعد تطورا كبيرا في المجال القانوني، حيث ذهبت إلى ما يذهب إليه الفقه المعاصر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

8- أما فيما يخص اللغة التي تتم بها إجراءات التحكيم و المرافعة و قرار الحكم فقد حددتها (المادة 22 الفقرة 1) بأنها اللغة العربية، وأجازت (الفقرة 2) لمن يجهل اللغة العربية، الاستعانة بمترجم يؤدي اليمين أمام الهيئة. كما أجازت (الفقرة 3) تقديم مذكرات و بيانات و إجراءات مرافعات بلغة أخرى غير العربية شريطة أن ترفق بترجمة عربية لها.

9- فيما يخص قرار التحكيم، أوجبت (المادة 32) من الاتفاقية أن يكون مسببا و أن يتضمن أسماء المحكمين و الطرفين و تاريخ القرار و مكان صدوره و عرضا مجملا لوقائع الدعوة و طلبات الخصوم و أسانيدهم موجزا لدفوعهم و دفاعهم و الرد عنها، و الطرف الذي يتحمل المصاريف و الأتعاب كليا أو جزئيا. و تشير المادة (31) إلى أن يصدر قرار التحكيم خلال ستة أشهر من تاريخ إحالة الملف على هيئة التحكيم [1] إلا إذا تم تمديد المدة من طرف المكتب. و في حالة مخالفة رأي أحد أعضاء الهيئة لآراء الأكثرية يدون هذا الأخير رأيه في ورقة مستقلة ترفق مع القرار المدون برأي الأغلبية.

و في حالة تشتت الآراء يصدر القرار برأي الرئيس و توقيعه على أن يثبت في القرار تشتت الآراء، وذلك بناء على نص (المادة 31 الفقرة 5) إلا أن هذا قد يؤدي إلى عرقلة تنفيذ القرار بسبب صدوره بناء على رأي محكم واحد في هيئة تحكيم تتشكل من ثلاثة محكمين، الأمر الذي يؤدي بالذي صدر ضده القرار إلى عدم قبوله.

10-أحصت المادة 34 من الاتفاقية الأسباب التي يمكن بموجبها طلب إبطال قرار التحكيم و هي كالآتي :

أ- إذا كانت الهيئة قد تجاوزت اختصاصها بشكل ظاهر.

ب- إذا ثبت بحكم قضائي وجود واقعة جديدة من شأنها أن تؤثر تأثيرا جوهريا في القرار بشرط أن لا يكون طالب الإبطال متسببا في إخفائها.

[1] / د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي ـ المرجع السابق ص 92.

ج- وجود تأثير غير مشروع على أحد المحكمين كان له أثر على القرار و قد حددت المادة المذكورة في فقرتها (2) مدة 60 يوما من تاريخ استلام القرار لتقديم طلب إبطال القرار. ويكون هذا الطلب مرفوضا بعد مضي سنة كاملة من تاريخ صدور القرار. وتتكون الجهة التي تنظر الطعن والمكونة من طرف المكتب من رئيس وعضوين من المحكمين المسجلين في قائمة المركز. ولا يجوز أن يكون أحدهم من المحكمين الذين أصدروا الحكم المطلوب إبطاله، أو من بين مواطني أحد طرفي النزاع. كما يحق للجنة المذكورة إيقاف تنفيذ القرار مؤقتا إلى حين الفصل في طلب الإبطال.

11. بينت المادة 35 الجهة المختصة في كل بلد لإصدار الصيغة التنفيذية على قرار التحكيم، وهي المحكمة العليا، ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام.

وعليه فإن طلب التنفيذ يقدم إلى المحكمة العليا في كل بلد، وذلك لإعطاء القرار التحكيمي قوة وأهمية أكثر لأن قرارات المحكمة العليا غير قابلة للطعن.

12. حسب نص المادة (39 فقرة 1)، فإن الانضمام إلى هذه الاتفاقية مقصور على الدول العربية الأعضاء في الجامعة العربية.

أما سريان نفاذ هذه الاتفاقية فتشترط المادة 38 منها على أنه يجب أن تصادق عليها 7 دول عربية ومضي 30 يوما من تاريخ التصديق السابق حتى تصبح نافذة، ولكن لحد الآن لم تصادق على هذه الاتفاقية سوى 6 دول عربية وهي العراق، تونس، ليبيا الأردن و اليمنيتين قبل توحيدهما. [1]

[1] / د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي ـ المرجع السابق ص 93. و 95.

المطلب الثالث: اتـفـاقيـة تنـفيـذ الأحـكـام لجـامعـة الـدول العـربيـة لعـام 1952

في دورتها العادية لعام 1952 وافق مجلس الجامعة على هذه الاتفاقية، وأصبحت سارية المفعول منذ سنة 1954 وتجدر الإشارة إلى أن الانضمام إلى هذه الاتفاقية يقتصر على الدول العربية المنضمة إلى جامعة الدول العربية. أي أنها غير مفتوحة للدول الأخرى غير العضو في الجامعة.

ويمكن تلخيص أهم الأحكام التي نصت عليها هذه الاتفاقية في ما يلي:

1- تعالج المادة الثانية من الاتفاقية مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في إحدى الدول العربية، إلى جانب معالجة أحكام التحكيم الصادرة في إحدى الدول العربية ويراد تنفيذها في دولة عربية أخرى عضو.

2- عدم منح الدولة المطلوب منها تنفيذ حكم التحكيم سلطة إعادة فحص موضوع النزاع الذي صدر بشأنه الحكم المراد تنفيذه شريطة أن يكون هذا الحكم نهائي.

3- بالإضافة إلى تنفيذ الأحكام الخاصة بالمنازعات التجارية، شملت الاتفاقية أيضا الأحكام التي تصدر بشأن المنازعات المدنية أو المتعلقة بالأحوال الشخصية كما تنص (المادة 4) منها على عدم تطبيق أحكام الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة ضد الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، كما لا تطبق على الأحكام التي تصدر ضد موظفيها عن أعمال قاموا بها بسبب الوظيفة التي يشغلونها، و لا تطبق أيضا أحكام هذه الاتفاقية على الأحكام التي يتعارض تنفيذها مع الاتفاقيات و المعاهدات السارية في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه.

4- تضمنت (المادة 8) من الاتفاقية، الجهة التي تقدم إليها طلبات تنفيذ الأحكام حيث نصت على ما يلي: " تعين كل دولة السلطة القضائية المختصة التي ترفع إليها طلبات تنفيذ الأحكام و إجراءات وطرق الطعن في القرار الصادر في هذا الشأن، وتبلغ ذلك إلى كل الدول المتعاقدة الأخرى ".

كما بينت (المادة 5) من الاتفاقية المستندات الواجب تقديمها لتنفيذ الحكم وهي:

أ / ـ صورة رسمية للحكم.

ب/ ـ أصل إعلان الحكم المطلوب تنفيذه، أو شهادة رسمية دالة على أن الحكم تم إعلانه على الوجه الصحيح.

ج/ ـ شهادة من الجهات المختصة تدل على أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم نهائي واجب التنفيذ.

د/ ـ شهادة تثبت أن الخصوم أعلنوا بالحضور أمام هيئة التحكيم على الوجه الصحيح إذا كان الحكم أو قرار المحكمين المطلوب تنفيذه قد صدر غيابيا.

إلا أن ما يمكن ملاحظته هو أنه بالنسبة لتنفيذ حكم التحكيم، يجب أن تقدم النسخة الأصلية لقرار الحكم أو نسخة مصادق عليها، كما أغفلت الاتفاقية تحديد الجهة التي تصدر الشهادات المشار إليها. فهل يمكن الاستناد بشأن الجهة المشار إليها بنص (المادة 8)، هي التي تصدر تلك الشهادات حيث تعتبر الجهة القضائية التي عينتها الدولة التي صدر حكم التحكيم فيها، هي صاحبة الاختصاص في إصدار تلك الشهادات؟

هـ/ ـ حددت (المادة 3) من الاتفاقية الحالات التي يمكن للدول المطلوب منها تنفيذ حكم التحكيم أن ترفضه و هذه الحالات هي:

- قانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.
- حكم التحكيم صادر تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم غير صحيح.
- المحكمين غير مختصين طبقا لعقد أو لشرط تحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر قرار المحكمين بمقتضاه.
- الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح.
- حكم المحكمين فيه ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الدولة المطلوب منها التنفيذ.
- حكم المحكمين ليس نهائيا في الدولة التي صدر فيها.

و/ ـ تبنت الاتفاقية مبدأ مساواة الشخص الطالب تنفيذ الحكم مع رعايا البلد المراد تنفيذ الحكم فيه، فيما يتعلق بالرسوم الواجب دفعها لأجل تنفيذ الحكم، أو الإعفاء منها وحق التمتع بالمساعدة القضائية.

وما يمكن ملاحظته هو أن هذه الاتفاقية فيها تشابه كبير مع اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. [1]

[1] / د فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي مرجع سابق – ص 72 و ما بعدها .

المطلب الرابع: اتـفـاقيـة الـريـاض العـربيـة للتـعـاون القضـائـي لعام 1983

ǃدرت هذا اǄتفاقية في 6 أفريل 1983 و ألزمت اتفاقية تنفيذ اǄحكام - السالفة الذكر- و تم التوقيع عليها من طرǅ 21 دولة عربية، و أǃبحت نافذا منذ 30 نوفمبر1985 [1] وتعتبر أحد اتفاقية في نطاق جامعة الدول العربية، اǃتمات على 72 مادا وهي تعالج على الǃعيد و الأمور المتعلقة باǄحكام الǃادرا من محاكم قضائية في الدول المنضمة إلى اǄتفاقية. أما موضوع التحكيم فتناولته المادا 37 [2] واǃتعمات مǃطلح أحكام المحكمين لǃدارا إلى أحكام التحكيم. و نتناول فيما يلي أهم ما جاءت به هذا اǄتفاقية بǃدد التحكيم:

1- تضمنت هذا اǄتفاقية نǃوǃ تتعلق بكيفية اǄعتراǅ و تنفيذ أحكام التحكيم و أهملت اتفاق التحكيم و إجراءاته و القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع.

و ما يمكن مǄحظته هو أن هذا المادا 37 تتشابه مع نǃوǃ اǄتفاقيات الدولية الأخرى واتفاقية تنفيذ اǄحكام السالǅ ذكرها في مسألة عدم الǃǄحية في موضوع النزاع و المرافعة بشأنه من طرǅ السلطة القضائية التابعة للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.

2- على طالب تنفيذ حكم من أحكام التحكيم أن يقدم ǃورا معتمدا من الحكم و شهادا ǃادرا من الجهة القضائية التابعة لمكان ǃدور الحكم تثبت حيازته للقوا التنفيذية و يقدم كذلك ǃورا معتمدا من اǄتفاق المكتوب باللجوء إلي التحكيم لحسم الخǄǅ في حالة مشارطة التحكيم، وتقديم ǃورا من العقد في حالة شرط التحكيم، أي اللجوء إلى التحكيم وارد ضمن العقد نفسه.

3- أما حاǄت رفض تنفيذ الحكم فقد عددتها اǄتفاقية مثل ما جاء في المادا (3) من اتفاقية تنفيذ اǄحكام السالفة الذكر، باǄضافة إلى شرط آخر جاءت به هذا اǄتفاقية وهو

---

[1] / د فوزي محمد سامي ـ التحكيم التجاري الدولي ـ مرجع سابق – ص 81.- و انظر أيضا :د/ قادري عبد العزيز، اǄستثمارات الدولية- مرجع سابق ص 361

[2] / لقد نǃت المادا37 من هذا اǄتفاقية على أنه: " مع عدم اǄخǄل بنǃ المادتين 28 و30 من هذا اǄتفاقية، يعترǅ بأحكام المحكمين و تنفذ لدى أي طرǅ من اǄطراǅ المتعاقدا بنفس الكيفية المنǃوǃ عليها في هذا الباب، أي بنفس كيفية تنفيذ أحكام القضاء مع مراعاا القواعد القانونية لدى الطرǅ المتقاعد المطلوب التنفيذ لديه ، وǄ يجوز للهيئة القضائية لدى الطرǅ المتقاعد المطلوب منه التنفيذ أن يبحث في موضوع التحكيم "

أن Ù يكون في حكǄ المحكمين ما يƤاƧ أحكاǄ الƬريعƨ اǕǉƜǖميƨ. و إذا ما ƽورنت اتƽاƽيƨ الرياƯ بƗƞن تنƻيذ أحكاǄ التحكيǄ باǙتƽاƽيات التي ƨبقتها نǕحǑ أن هناǁ تƻ ƮيǙت عديدا تتعلق باǙعتراƧ و التنƻيذ أهملتها هذǽ اǙتƽاƽيƨ. [1]

4- عددت المادƧ 30 من اǙتƽاƽيƨ الحاǙت التي يجوز للدولƨ المراد تنƻيذ الحكǄ فيها رƻƯ تنƻيذ الحكǄ و ينطبق هذا النƭ على أحكاǄ المحاكǄ و أحكاǄ التحكيǄ على حد الƨواƅ، و نورد تلǁ الحاǙت كما جاƅت في المادƧ الƻƨلƨ الذكر على النحو التالي :

أ- إذا كان الحكǄ مƤالƻا ǙحكاǄ الƬريعƨ اǕǉƜǖميƨ أو أحكاǄ الدƨتور و النǚاǄ العاǄ و اǚǓاƒ في الدولƨ المطلوƒ منها التنƻيذ.

ƒ- إذا كان الحكǄ ƹيابيا وعدǄ إعǕǄ المحكوǄ عليǊ لتمكينǊ من الدفاƳ عن نƻƨǊ

ƛ- إذا لǄ تراƳ ƽواعد ƽانون الطرƧ اǕƤƕر المتعلƨƽ بالتمƛيل القانوني لƗƞƬاƭ عديمي اǖهليƨ أو نااƮƽيها.

د- إذا كان النزاƳ الذي Ʈدر الحكǊƗƞ ǄبƬ محǙ لحكǄ Ʈادر في الموضوƒ بين الƤƮوǅ أنƻƨهǄ، و يتعلق بنƭƻ الحق و حائزا لقوƧ اǖمر المقضي فيǊ لدǎ الطرƧ المتعاƽد المطلوƒ منǊ التنƻيذ أو لدǎ طرƧ متعاƽد ƛالƨ معترƧ بǊ لدǎ الطرƧ المطلوƒ منǊ التنƻيذ.

ǽ- إذا كان النزاƳ الذي Ʈدر بƗƞنǊ الحكǄ المراد أو المطلوƒ اǙعتراƧ بǊ محǙ لدعوǎ أماǄ إحدǎ محاكǄ الطرƧ المتعاƽد المطلوƒ منǊ اǙعتراƧ و يتعلق بنƭƻ الحق و كانت الدعوǎ ƽد تǄ رفعها أماǄ محاكǄ هذا الطرƧ المتعاƽد اǕƤير في وƽت ƨابق.

هذǽ هي مجمل اǖحكاǄ التي وردت أو التي يمكن اƨتنتاجها من نƭو ƭ اتƽاƽيƨ الرياƯ في مجال التحكيǄ، وهي تنǚǄ مƨƗلƨ اǙعتراƧ و تنƻيذ أحكاǄ التحكيǄ الƮادرƧ في دولƨ عربيƨ متعاƽدƧ و يراد تنƻيذها في دولƨ عربيƨ أƤرǎ متعاƽدƧ. [2]

---

[1] / د فوزي محمد ƨامي، التحكيǄ التجاري الدولي ـ مرجع ƨابق ـ ƭ 83 و ما بعدها.

[2] / د فوزي محمد ƨامي ـ التحكيǄ التجاري الدولي ، المرجع الƨابق ƭ 85 و 86.

المبحث الثاني: تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

سوف نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب. فنتناول في البداية، التحكيم في ميدان المحروقات، باعتبارها الميدان الحساس في العلاقات التجارية الجزائرية، ثم نتطرق إلى مسألة التحكيم في العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية مع الغير، و إلى التحكيم في العقود المتعلقة بالاستثمارات.

المطلب الأول: التحكيم الخاص بالمحروقات

اعتبرت المحروقات الميدان الحساس في العلاقات الجزائرية الفرنسية بعد الاستقلال، حيث عمر المستعمر الفرنسي القوانين المتعلقة بهذا المجال وكرس مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق اتفاقية إيفيان، وبذلك أصبحت المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة في مجال المحروقات تخضع في حلها إلى التحكيم الدولي، بعد ما كانت تؤول إلى مجلس الدولة الفرنسي [1] وذلك بنص المادة 41 من الأمر رقم 58-1111 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1958 الذي يعتبر النص الأساسي لقانون البترول الصحراوي التي نصت على "إخضاع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمنتفع به إلى مجلس الدولة الفرنسي ابتدائيا ونهائيا" - والهدف من ذلك هو إبعاد اختصاص القانون الجزائري - وتكريسا لهذا التحول، نجد أن إعلان المبادئ بتاريخ 19 مارس 1962 المتعلق بالتعاون في ميدان المحروقات قد نص على اختصاص محكمة تحكيم دولية. [2] وبهذا يكون الاختصاص القضائي قد انتقل من مجلس الدولة الفرنسي إلى التحكيم الدولي عوض أن ينتقل إلى المحكمة العليا الجزائرية، وذلك من أجل إبعاد المحاكم الجزائرية عن الاختصاص.

وقد تم تنظيم هذا التحكيم من طرف الاتفاق الجزائري الفرنسي لعام 1963 وأكدها بعد ذلك اتفاق الجزائر لعام 1965.

---

[1] / عليوش قربوع كمال –التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – ديوان المطبوعات الجامعية 2001 ص 2.

[2] N. TURKI -Les sociétés étrangères en Algérie O.P.U p. 243- .

فرغم الانتقادات التي وجهتها الجزائر إلى التحكيم الدولي، إلا أنها قبلت به في سنة 1968 بموجب عقد أبرمته مع الشركة البترولية الأمريكية GETTY petroleum.

والملاحظ أن الجزائر لجأت إلى اعتماد التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التجارية بعد صدور الأمر 66/154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الذي نص في المادة 442 فقرة 3 منه على أنه : "لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

ولم تتمكن الجزائر من القضاء على التحكيم الدولي إلا بعد تأميم المحروقات عام 1971، حيث نجد أن القانون 71/22 والقانون 71/24 [1] لم ينص على مبدأ الاختصاص القضائي، وهذا يعني رجوع الاختصاص إلى المحاكم الوطنية الجزائرية.

والاستثناء الوارد فيه يخص المنازعات المتعلقة بالجباية التي تخضع لإجراءات المصالحة.[2]

وفي هذا الإطار نص في المادة 7 من الأمر 71/22 على تعديل المقطع الثاني من المادة 71 من الأمر رقم 58-1111 المشار إليه كما يلي :

"إن الخلافات المتعلقة بالضرائب المذكورة تكون من اختصاص المجلس الأعلى الجزائري ابتدائيا ونهائيا"، غير أنه يمكن أن ترفع هذه الخلافات مسبقا أمام لجنة توفيق....".

ولقد ثار جدل فقهي حول معرفة ما إذا كانت النزاعات الأخرى غير الجبائية تبقى خاضعة للتحكيم الدولي أم لا.

ويرى الأستاذ بن الشيخ مجيد أن المادة 7 تركت الباب مفتوحا بالنسبة للنزاعات الأخرى ذات الطابع غير الجبائي لما نصت على اللجوء إلى المحكمة العليا الجزائرية ولجنة المصالحة.

---

[1] / أمر رقم 22/71 مؤرخ في 12 أفريل 1971 يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله. الجريدة الرسمية عدد 30 بتاريخ 30 أفريل 1971 ص 425.

- أمر رقم 24/71 مؤرخ 12 أفريل 1971 يتضمن تعديل الأمر رقم 58-1111 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله... الجريدة الرسمية عدد 30 بتاريخ 13 أفريل 1971 ص – 429.

[2] / عليوش قربوع كمال : التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ـ مرجع سابق – ص 3

ويرى في هذا السياق الأستاذ علي بن شنب أن "القانون البترولي الساري المفعول لا يقضي على مبدأ اللجوء إلى التحكيم إلا فيما يتعلق بالجباية".

أما الأستاذ نور الدين تركي فقد ذهب إلى رأي مخالف فقال: "بغض النظر عن الطبيعة القانونية لاتفاقيات الشراكة، وجبت الملاحظة بأنه حتى وإن لم تخضع صراحة لاختصاص المحكمة العليا إلا النزاعات الخاصة بالضريبة، لا يمكننا أن نستنتج من أحكام المادة 7 المذكورة إمكانية ضمنية تسمح للأطراف باللجوء إلى محكمة تحكيم في الحالات الأخرى"

ولقد وضح الرئيس السيد بوزانا بأنه " الأمر 71-24 الصادر في 2 أفريل 1971 المتضمن القانون الأساسي للمحروقات الجزائرية هو مصدر عملية مزدوجة، تكمن في إعادة توطين العلاقات التعاقدية البترولية وإخضاع النزاعات للقانون الداخلي". ويضيف بأن المنازعات المتعلقة بالبترول موزعة حسب صفة الأطراف المعنية :

- يخضع للقانون الإداري، النزاع المتعلق بالبروتوكول المبرم بين الدولة والشركة الأجنبية لتحديد النظام الجبائي والمالي، ويكون في هذه الحالة الاختصاص للمحكمة العليا الجزائرية، الغرفة الإدارية.

- أما عندما يتعلق الأمر باتفاقيات مبرمة بين سوناطراك وشركة أجنبية فتخضع النزاعات للمحاكم العادية والقانون العام، وتؤكد ذلك عن طريق العقود التي أبرمتها سوناطراك مع الشركات الأجنبية والتي تنص على الاختصاص للمحاكم الجزائرية.

وتم تأكيد هذا الاختصاص بمقتضى القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بنشاطات التنقيب عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، حيث نصت المادة 63 منه على إخضاع الخلافات والنزاعات الناتجة عن تطبيق هذا القانون والنصوص المتخذة من أجل تطبيقه إلى المحاكم الجزائرية المختصة وفقا للتشريع المعمول به.

غير أنه يمكن للنزاعات والخلافات المتعلقة بالشركة في ميدان المحروقات أن تخضع مسبقا للجنة مختلطة وفقا للتشريع الساري المفعول. وبما أننا لم نجد تلميحا للتحكيم فهذا يدل على استقرار المعاملات في ميدان المحروقات منذ 1971 وذلك بعدم اللجوء إلى التحكيم. إلا أنه في سنة 1991 لجأ المشرع الجزائري مرة أخرى إلى التحكيم، والسبب في ذلك يرجع إلى الأزمة الاقتصادية الداخلية التي عرفتها الجزائر في

تلك الفترة والضغوط الخارجية، بينما كان لجوؤها إلى التحكيم في الستينات بسبب الانفتاح الدولي ووجود الجزائر في موقف ضعف نتيجة حداثة استقلالها.[1]

ونصت المادة 12 من القانون 91-21 المعدل والمتمم للقانون 86-14 على تعديل المادة 63 من القانون رقم 86-14 [2] لتصبح كما يلي :

"تخضع المنازعات التي تنشأ بين الدولة وأحد أطراف عقد الشراكة للجهات القضائية المختصة أما المنازعات الناجمة عن تفسير أو تطبيق عقد الشراكة بين المؤسسة الوطنية وشريكها الأجنبي فتكون محل مصالحة مقدما حسب الشروط المتفق عليها بين الأطراف في عقد الشراكة. وفي حالة فشل عملية المصالحة، يمكن لأطراف العقد عرض النزاع على التحكيم الدولي. يطبق القانون الجزائري فيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لحل النزاعات".

ولقد برر المشرع الجزائري هذا التعديل على أنه يدخل في إطار الإصلاحات الاقتصادية التي باشرتها الجزائر في تلك الفترة، ويهدف إلى توسيع اللجوء إلى التحكيم الدولي الذي كان مطبقا على أغلب العقود الصناعية التي أبرمتها المؤسسات الجزائرية منذ الاستقلال، ليشمل عقود البحث واستكشاف المحروقات.

كما أقر المشرع الجزائري كذلك بعد التردد بشأن اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال البحث عن المحروقات وإنتاجها الذي كان سائدا، لم يعد له مبررا نتيجة للتجربة التي اكتسبتها المؤسسات الوطنية في هذا الميدان. والملاحظ أن المشرع الجزائري ارتكز على سببين اثنين لتبرير اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال المحروقات، ويتمثل هذين السببين في :

1. الإصلاحات الاقتصادية التي باشرتها الجزائر[3] وهي إصلاحات نرى بأنها قد أملاها الواقع الاقتصادي الوطني بالدرجة الأولى ، والواقع الاقتصادي الدولي بالدرجة

---

[1] / عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ـ مرجع سابق ص 5 و6.

[2] / القانون رقم 91-21 مؤرخ في 4 ديسمبر 1991 يعدل ويتمم القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 أوت 1986– الجريدة الرسمية عدد 63 ص 2392

[3] / عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ـ مرجع سابق ص 6 و 7

الثانية ، وترمي هذه الإصلاحات إلى جعل الاقتصاد الوطني والقوانين الوطنية أكثر تجاوبا مع ما تمليه التعاملات الاقتصادية والاستثمار الأجنبي.

2. اللجوء إلى التحكيم من طرف المؤسسات الجزائرية فيما يتعلق بالعقود الصناعية ، الشيء الذي أكسبها تجربة وخبرة في هذا الميدان.

وما يمكن ملاحظته هو أن الإصلاحات التي باشرتها الجزائر، و التي كانت ناتجة عن الأزمة الاقتصادية، أدت بها إلى التنازل عن الكثير من المبادئ التي ظلت متشبثة بها منذ الاستقلال.

و الملفت للانتباه في القانون المتعلق بالمحروقات في إطار اتفاق الشراكة الأورو متوسطية الذي صادقت عليه الجزائر بمقتضى المرسوم رقم 05 ـ 159 مؤرخ في 27 أبريل 2005 ، هو استحداث وكالتان وطنيتان مستقلتان تتمتعان بالشخصية القانونية و الاستقلال المالي و هما :

1/وكالة ضبط المحروقات: و هي وكالة وطنية لمراقبة النشاطات في مجال المحروقات و ضبطها.

2/ وكالة (**ألنفط**): وهي وكالة وطنية لتثمين موارد المحروقات و التي أخذت مكان الدولة المنصوص عليها في المادة 12 من القانون رقم 91/21 المعدل و المتمم للقانون رقم 86/14 السالف الذكر.

و تخضع الوكالتان في علاقاتهما مع الغير للقواعد التجارية، و تسيرهما لجنة مديرة، يضطلع رئيسها بكل الصلاحيات الضرورية لإدارة اللجنة، [1] و من بينها تمثيل اللجنة أمام العدالة.

و فيما يخص تسوية النزاعات المتعلقة بتنفيذ أو تفسير العقد في مجال المحروقات فقد عمد هذا القانون إلى طريقتين في التعامل مع النزاعات، حيث تتم تسوية النزاعات الناشئة بين وكالة" ألنفط " و المتعاقد معها عن طريق التراضي، وفق الشروط المتفق عليها في العقد في بادئ الأمر. و ذلك معناه أنه يتعين على وكالة "ألنفط " و المتعاقد أن يضمنوا العقد المبرم بينهما الترتيبات و الشروط الواجب إتباعها لتسوية الخلافات ـ الممكن حدوثها ـ عن طريق التراضي.

[1] / انظر المادة 12 من القانون المتعلق بالمحروقات في إطار اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوربي.

بينما يخضع النزاع في تأويله لتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات في حالة ما إذا كانت شركة سوناطراك هي المتعاقد الوحيد مع وكالة "ألنفط" [1]. و على الوزير أن يتقيد بالقانون الجزائري و لا سيما هذا القانون ـ قانون المحروقات ـ و النصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلاف المرفوع إليه. ولا يمنع اللجوء إلى التحكيم الدولي إلا في المرحلة الأخيرة، في حالة عدم التمكن من إيجاد حل لتسوية الخلاف، حيث يمكن في هذه الحالة عرضه على التحكيم الدولي وذلك حسب الشروط التي يجب أن يكون العقد قد نص عليها دائما. [2] و في إطار النشاطات و المهام الموكلة للوكالتين السالف ذكرهما، يمكن لهما اللجوء إلى مكاتب خبرة وطنية أو دولية [3] لإجراء مراقبة بخصوص حسابات المتعاقدين و أصحاب الامتياز، قصد تسوية الخلافات المتعلقة بالحسابات.

المطلب الثاني : التحكيم والمؤسسات العمومية الاقتصادية

لقد كان لازدياد تدخل الدولة في مجال المعاملات الدولية الخاصة أن برزت مشكلة خاصة تتعلق بمدى فاعلية التحكيم كوسيلة لحل النزاعات، التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام الاعتبارية وتشمل هذه الأشخاص الاعتبارية: الدولة والأقاليم الإدارية والهيئات التابعة لها، مثل الوزارات والولايات وغيرها.

هذه الكيانات القانونية يمكن أن تقوم في إطار ممارستها لوظائفها بإبرام عقود مع مستثمر أجنبي بغرض تنفيذ بعض جوانب خطة التنمية الاقتصادية للدولة، والتي تقع في دائرة اختصاصها.

وإلى جانب هذه الأشخاص الاعتبارية التقليدية، هناك طائفة ثانية نشأت نتيجة احتكار الدولة لبعض مجالات النشاط الاقتصادي ، وحلت هذه الطائفة محل الدول في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية في حدود القطاعات التي تشرف عليها وتديرها، مثل

---

1 / انظر المادة 109 فقرة 2 من نفس القانون

2 / تنص المادة 58 من هذا القانون على أن :" يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية ألنفط و المتعاقد ، ينجم عن تفسير أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه ، بالتراضي وفق الشروط المتفق عليها في العقد .

3 / انظر المادة 111 من القانون المتعلق بالمحروقات .

شركات الكهرباء والغاز والنقل البحري والجوي وبالسكك الحديدية ....الخ، [1] ويعتبر التحكيم الوسيلة الأكثر ملائمة لحل النزاعات الناشئة بين مؤسسات الدولة.[2]

ومنذ 1962 –أي منذ الاستقلال – حتى سنة 1966 كان التحكيم بشأنه عامة في الجزائر محكوما بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الذي كرسه القانون رقم 62-157 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1962. غير أنه يتبين من خلال تحليل القانون الفرنسي، أن هذا القانون يمنع التحكيم على الدولة والأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام، وشمل هذا المنع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. غير أن الجزائر عرفت تجربتها الأولى فيما يخص التحكيم في إطار اتفاقية إيفيان، حيث ورد في تصريح 19 مارس 1962 مبدأ اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناجمة عن عقود الامتياز التي تمنحها الدولة في مجال المحروقات، وتم التأكيد على هذا المبدأ في الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا الممضي في باريس في 26 جوان 1963 ، هذا الاتفاق تم إرفاقه بقانون تحكيم. [3]

إن القوانين المتعلقة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية لم تنص على إخضاع هذه الأخيرة للتحكيم وإنما النصوص اللاحقة هي التي مهدت الطريق لذلك.

ولقد انقسم الرأي في مسألة خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم من عدمه في الجزائر إلى قسمين:

أولا : لقد استند أنصار إخضاع المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم التجاري الدولي إلى نص المادة 20 فقرة 2 من القانون رقم 88-01 التي تنص على أنه : "يمكن التصرف في هذه الممتلكات وبيعها طبقا لقواعد القانون التجاري" ، وكذلك الفقرة 3 من نفس المادة التي تنص على أنه "يمكن أن تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية موضوع معاملات حسب الفقرة 1 من المادة 442 من الأمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966".

---

[1] / د. عصام الدين القصبي – خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار – دار النهضة العربية القاهرة 1993 ص 9 – 10 - 11

[2] / AMOR Zahi – l’état et l’arbitrage opu - p 91

[3] AMOR Zahi – l’état et l’arbitrage p 135

ويبني بعض الفقه في الجزائر موقفه الرافض لخضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى التحكيم على أحكام هاتين الفقرتين.

ويرى الأستاذ محمد بيجاوي أن القانون رقم 88 – 01 بتاريخ 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، هو ترجمة واضحة باللجوء إلى التحكيم الدولي، عندما يقرر في المادة 20 أن المؤسسات العمومية الاقتصادية لها حرية التصرف في الممتلكات التابعة لذمتها طبقا لقواعد القانون التجاري.[1]

و يرى الأستاذ عمر الزاهي بمناسبة صدور الأمر رقم 75 /44 بتاريخ 17 جوان 1975 حول تطور التحكيم فيما بين المؤسسات العمومية ليصبح أكثر استقلالية.[2]

ثانيا: أما أنصار الرأي القائل بعدم خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم، فيستندون إلى إثارة إشكالية تتمثل في وجود التمييز بين الأصول الصافية وموجودات المؤسسة العمومية. وذلك بناء على نص المادة 20 نفسها من القانون السالف الذكر والتي تنص على أن :"تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها والتصرف فيها وحجزها، حسب القواعد المعمول بها في التجارة، ما عدا جزء من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة".

والملاحظ أن هذه المادة تميز بين الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي وموجودات الشركة، أي أموالها وحقوقها. إذ أن الصنف الثاني فقط من الأموال هو الذي يكون قابلا للحجز، التنازل، والتصرف. وبالتالي خضوعه للتحكيم.
كما تنص المادة 36 من هذا القانون على خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية إلى قانون خاص فيما يتعلق بالتصفية والتسوية القضائية.

وهذا معناه عدم إخضاعها لقانون الشركات التجارية، الشيء الذي يتنافى مع فكرة التحكيم ومع مصالح الشركات الأجنبية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة 442 فقرة 3 لم يتم إلغاؤها إلى غاية صدور المرسوم التشريعي 93 /09 حيث نصت المادة 442 فقرة 3 على أنه "لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

---

[1] / عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ـ مرجع سابق – ص 16 و 17

[2] Amor Zahi – L état et l arbitrage O P U et Publisud p 143

إلا أنه ما دامت عملية الفصل في مسألة التمييز بين أموال المؤسسة لم يتم الفصل فيها لا يمكن القول بأن المؤسسات العمومية الاقتصادية أصبحت قابلة للخضوع إلى التحكيم.

غير أن النصوص اللاحقة لقوانين 1988 هي التي مهدت الطريق تدريجيا أمام خضوع هذه المؤسسات إلى التحكيم الدولي فيما القوانين الصادرة بعد سنة 1994 وخاصة المرسوم التشريعي 94 – 08 والمادة 24 منه التي تعدل المادة 20 من قانون 01/88 لتصبح كما يلي: "تعد الأملاك التابعة للممتلكات الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للبيع والتحويل والحجز حسب القواعد المعمول بها في الميدان التجاري باستثناء أملاك التخصيص وأجزاء من الأملاك العمومية التي تنتقل عن طريق الامتياز.
- تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عند الاقتضاء عن طريق التنظيم".

كما نصت المادة 25 من نفس المرسوم على أن :"المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات ذات رؤوس أموال، تملك الدولة أو شخصيات معنوية تابعة للقانون العام الأغلبية المطلقة من الأسهم أو حصص الشركة.
- تنظم كيفيات الزيادة في رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية والتخفيض منه وكيفيات تعويض الأسهم طبقا للأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري".

وما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الجزائري لم يعد يفرق بين ممتلكات الشركة مثلما كان الحال في المادة 20 من القانون 88-01 السالف الذكر. وإن رأسمال الشركة لا يتكون إلا من الأموال العامة، إذ أصبحت بذلك كلها قابلة للتصرف.

وبناء على ذلك يمكن للمؤسسة العمومية الاقتصادية المطالبة بالتحكيم دون أن تطرح قضية طبيعة ممتلكاتها. أما الأموال التي استثناها المشرع، فهي غير مملوكة للمؤسسة العمومية الاقتصادية، وبالتالي تكون غير قابلة للتصرف. [1]

وبعد الفصل في قضية طبيعة ممتلكاتها، يمكنها أن تخضع للتحكيم التجاري الدولي المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، وذلك بنص الفقرة 3 من المادة 442 التي تنص على أنه: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

[1] / عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ـ مرجع سابق ص 20.

وكذلك نص المادة 442 مكرر التي تقضي بأنه:"عندما تتعلق هذه النزاعات بشركتين وطنيتين أو أكثر أو مؤسسات عمومية تابعة للدولة الوطنية نفسها، فتتولى هذه الأخيرة التحكيم فيها.

وعندما تتعلق النزاعات بشركتين وطنيتين أو أكثر أو مؤسسات عمومية تابعة للدولة وطنية مختلفة فتعين كل من هذه الشركات أو المؤسسات حكما عنها.
ويتفق الحكمان المختاران بهذا الشكل على تعيين حكم مرجح، وإن لم يتفق الحكمان على اختيار الحكم المرجح، يرفع الأمر إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي يعين الحكم المرجح في مهلة لا تتجاوز شهرا واحدا".[1] وهكذا تأتي هذه المادة الأخيرة لكي تفسح الباب أمام الشركات والمؤسسات العمومية الاقتصادية، لكي تطالب بإدخال التحكيم كوسيلة لحل نزاعاتها الناشئة عن علاقاتها التجارية الدولية.

المطلب الثالث : التحكيـم الخـاص بالاستـثـمـارات

يمكن للنزاعات أن تظهر في أية لحظة في مجال الاستثمار بين المستثمر والدولة المضيفة، وغالبا ما يكون ذلك نتيجة قرار إدارة الدولة المضيفة بسحب الرخصة من المستثمر. حيث نصت المادة 26 من قانون الاستثمار على أنه "يمكن سحب رخصة الاستثمار بناء على اقتراح الوزارة المعنية بنفس الشكل الذي منحت به، في حالة إخلال المستفيد بالتزاماته بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ الإعذار."
لذا يعد إخضاع النزاعات المتعلقة بالاستثمار إلى التحكيم الدولي، من الضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي في البلدان النامية، و بالتالي ، لا يخضع لاختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة. و ذلك من شأنه أن يكون محفزا للمستثمرين الأجانب للاستثمار في الدول النامية التي تقبل بالتحكيم كوسيلة لحل النزاعات. والظاهر أن المستثمرين الأجانب لا يثقون في المؤسسات القضائية التابعة للدول النامية، معتبرين بأنها

[1] / د. محمد حسنين – قانون الإجراءات المدنية – نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا- دار الهدى عين مليلة 2001 ص 325
-AMOR ZAHI – l'état et l'arbitrage – OPU publisud p.137

لا تستطيع توفير التأمين الكافي، ويفضلون قاضيا خاصا ومستقل عن الدولة، وبتعبير آخر فإن المستثمرين يعطون أهمية و ثقة أكبر لقضاة التحكيم.[1]

الفرع الأول: التحكيـم الخـاص بالاستثـمار المبـاشـر

لقد نصت المادة 22 من قانون الاستثمارات الذي تبنته الجزائر لأول مرة عام 1963 على حل النزاعات الناتجة عن تطبيق أو تفسير الاتفاقية الملحقة بقرار الاعتماد والذي يتضمن شرط التحكيم. أما قانون الاستثمارات لسنة 1966 فلم ينص على الاختصاص القضائي. وما يمكن ملاحظته هو أنه في قانون 1963 ترك المشرع الباب مفتوحا أمام اللجوء إلى التحكيم الدولي، بينما في قانون 1966 أوكل الاختصاص للمحاكم الجزائرية.[2]
ولم تعترف الجزائر تطبيقا للاستثمار المباشر إلا بعد صدور القانون 90 –10 بتاريخ 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض ، الذي استبعد النص على التحكيم ونص على اختصاص المحكمة العليا الجزائرية بنظر النزاعات المتعلقة بالاستثمارات.

أما قانون 93 – 12 فقد نص صراحة على اللجوء إلى التحكيم ولكن بصفة استثنائية حسب نص المادة 41 منه التي تنص على أن: "يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية ، إما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده على المحاكم المختصة ، إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم،أو اتفاق خاص ينص على شرط تحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء المصالحة باللجوء إلى تحكيم خاص ".[3]
والملاحظ من خلال هذا النص أن المبدأ هو اختصاص المحاكم الجزائرية. أما اللجوء إلى

---

[1] N. TURKI – Les sociétés Etrangères en Algérie p 252
و انظر أيضا : د/ قادري عبد العزيز- الاستثمارات الدولية- مرجع سابق ، ص 215 .

[2] / – قانون رقم 277/63 المؤرخ 26 جويلية 1963 – الجريدة الرسمية عدد 53 بتاريخ 2 أوت 1963
و الأمر رقم 66 – 284 المتضمن قانون الاستثمارات مؤرخ في 10 سبتمبر 1966 الجريدة الرسمية عدد 54 بتاريخ 15 سبتمبر 1966.

[3] / مرسوم تشريعي رقم 93 – 12 مؤرخ في 5 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار
الجريدة الرسمية عدد 64 بتاريخ 10 أكتوبر 93 ص 3 و 10

التحكيم، فهو وارد بكثرة في الاتفاقيات الثنائية في حالة وجود اتفاقية ثنائية تنص على ذلك وتكون الجزائر طرفا فيها.

وكمثال على ذلك الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات.

وفي نفس الموضوع الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية. وكذلك انضمام الجزائر إلى اتفاقية واشنطن الصادرة في 1965 والتي أنشأت مركزا للفصل في النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى.[1] وبانضمام الجزائر إلى اتفاقية واشنطن انضمت بذلك أيضا إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CRDI [2]

كما انضمت كذلك إلى اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في سنة 1988.

فبالنسبة للاستثمار المباشر، يتم اللجوء إلى التحكيم عن طريق الاتفاق بين الأطراف. فما هو الوضع بالنسبة للشركات ذات الاقتصاد المختلط؟

الفرع الثاني : التحكيم الخاص بالشركات ذات الاقتصاد المختلط

مثل ما هو الحال في الاستثمار المباشر، تخضع الشركات ذات الاقتصاد المختلط أيضا إلى التراضي أو الاعتماد من طرف إدارة الدولة، وتسوية النزاعات الخاصة بها عن طريق التحكيم كذلك.

ولقد ظهر هذا النوع من التعامل الاقتصادي بنص المادة 3 من قانون الاستثمار لسنة 1966 وأنشأت بناء على ذلك شركات ذات اقتصاد مختلط في مختلف الميادين الاقتصادية. و كمثال على ذلك بروتوكول الاتفاق المبرم بين الشركة الوطنية لمواد البناء SNMC والشركة الأمريكية INTERKLIN FRITZ CORPORATION لأجل

---

1 / الأمر رقم 95 – 04 مؤرخ في 21 جانفي 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالفصل في النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى .
الجريدة الرسمية عدد 7 بتاريخ 15 فيفري 1995 ص 5.

2 / الأمر رقم 95 – 05 بتاريخ 21 جانفي 95 المتضمن الموافقة على اتفاقية واشنطن.

إنشاء شركة مختلطة، [1] والشركة ذات الاقتصاد المختلط التي أنشئت بين سوناطراك والشركة الأمريكية ALFOR Corpored in Drilling Southe arstern ، والتي قد نص البروتوكول التمهيدي لهذه الشركة في المادة 9 منه على أن كل النزاعات التي من شأنها أن تنجم عن هذا البروتوكول، والتي لا يمكن حلها بالتراضي، يفصل فيها عن طريق التحكيم في سويسرا وفق قواعد الغرفة التجارية الدولية وذلك بناء على طلب أحد الأطراف. [2]

ونلاحظ هنا، بأن الاتفاق التمهيدي للشركة قد تضمن شرط التحكيم، ونص على اللجوء إليه لحل النزاعات بعد فشل محاولة التوفيق. كما حدد مكان التحكيم والهيئة المختصة والقواعد الواجب تطبيقها لحل النزاع. أما بعد صدور القانون رقم 86 /13 المعدل والمتمم للقانون رقم 82 /13 أصبح الاختصاص يعود للمحاكم الجزائرية بعد أن كان يتم اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات رغم نص المادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية وذلك قبل سنة 1982 تاريخ صدور القانون 13/82، الذي نصت المادة 53 منه على أن: " تعرض نزاعات الشركة ذات الاقتصاد المختلط المتولدة عن علاقاتها مع المساهمين الشركاء على التحكيم الإجباري المنصوص عليه في الأمر رقم 75/44 المؤرخ في 17 يونيو 1975.

وترفع الخلافات الناجمة عن العلاقات بين الأعضاء المساهمين للشركة ذات الاقتصاد المختلط إلى المحاكم الجزائرية طبقا للقانون الجزائري ."

و بذلك يكون القانون 13/86، قد أغلق الباب أمام التحكيم الدولي بطريقة صريحة. ولقد نصت المادة 53 مكرر من هذا القانون على أن: " تتمتع الشركة مختلطة الاقتصاد بكامل الأهلية القانونية للتصرف في أموالها أو في ذمتها حسب قواعد القانون العام. "

غير أن بعض الفقه حاول تأويل عبارة أهلية التصرف، بإمكانية لجوء الشركة ذات الاقتصاد المختلط إلى التحكيم، غير أن أهلية التصرف لا تعني إمكانية اللجوء إلى التحكيم مقابل وجود نص صريح باختصاص المحاكم الجزائرية.

و لم يظهر الشك في إمكانية لجوء الشركات ذات الاقتصاد المختلط إلى التحكيم إلا بعد صدور القانون 10/90 الذي نص على الاستثمار المباشر، و لم ينص على الاستثمار

---

[1] N.TERKI – les sociétés étrangères en Algérie –O P U - p 255

[2] / عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ـ مرجع سابق – ص 12

عن طريق الTركات ذات الﭑﺘپTاد المPتلط. وبالتالي فالقانونان المتعلقان بالTركات ذات الﭑﺘپTاد المPتلط ﻻ يلƷيا. وعلى هذا الﭑﻟﺍΣ، فﺘيما يتعلق بها يعود الﭑﺘPTل f إلى المحاكﻻ الجزائريŧ، لكن فيما يPﺀ f التعامل أPضعت هذﺍ الTركات إلى التحكيﻻ.

ون f النﻻUﻻ التﻟ̈ﻟيﻟي لTركŧ ذات ﭑﺘپTاد مPتلط - ﺘﻻ ﺘﻟ̈ﻟيﻟها ﻟنŧ 1990 - على Pضوy النزاy إلى المحاكﻻ الجزائريŧ و تطبيق القانون الجزائري. [1]

كما ن f بروتوكول الﭑتﺘاق على أن:" يTﻯل في كل نزاy يتعلق بتبراﻻ، تﻟﺘير أو تنﺘيذ هذا البروتوكول أو اتﺘپاات التنﺘيذ المTار إليها، و التي Ŭ يمكن أن تحل بالتراضي نهائيا وفق نﻻUﻻ المTالحŧ و التحكيﻻ لƷرفŧ التجارا الدوليŧ من ﭑبل ﭑŬŧ محكمين يعينون وفقا لهذا النﻻUﻻ.

- القانون الواجy التطبيق هو القانون الﻟاري المﺘعول في الجزائر.

- يجري التحكيﻻ بالجزائر العاTمŧ. "

ولقد ﺘﻻ إPضاy الTركات ذات الﭑﺘپTاد المPتلط إلى التحكيﻻ الدولي بناC على القانون 10/90. و الﻟبy في ذﻟﻟ يعود إلى الواﭑع الﭑﺘپTادي الذي عرفتﻪ الجزائر في تﻟﻟ الﺘترا. ومن الناحيŧ القانونيŧ، يعتبر ذﻟﻟ Pرﭑا للقانون. أما بعد Tدور القانون 12/93 الذي ألƷى القانونين المذكورين ﻟاﺘﻟا 13/82 و13/86، فقد أTبحت الTركات ذات الﭑﺘپTاد المPتلط تPضع لهذا القانون و ذﻟﻟ بن f المادا 41 منﻪ. [2]

الفرع الثالث: التحكيـم الخـاص بعقـود نقـل التكنـولوجيـا

لقد حUيت عقود نقل التكنولوجيا بƏهميŧ كبيرا في التعامŬت بين المﻟﻟﺘﺎات الTناعيŧ فيما بينها و PTﻟ̈ بينها وبين المﻟﻟﺘﺎات التابعŧ للدول الناميŧ.

و يقر دليل تحرير العقود المتعلقŧ بالنقل الدولي للمعرفŧ التقنيŧ know – how بƏن أهميŧ هذﺍ العقود تتزايد أكĀر فƏكĀر في مجال العŬﭑات الﭑﺘپTاديŧ الدوليŧ ، وهي تﻟاعد على نTر المعرفŧ التقنيŧ على المﻟتوǎ الدولي. وترǎ Ʒرفŧ التجارا الدوليŧ بƏن

---

[1] / عليو ţ ﭑربوy كمال – التحكيﻻ التجاري الدولي في الجزائر - مرجع ﻟابق – f 13

[2] / عليو ţ ﭑربوy كمال - التحكيﻻ التجاري الدولي في الجزائر - مرجع ﻟابق - f 14

لهذه المعرفة أهمية معتبرا إذ بإمكانها التأثير على براءة الاختراع ، وبناء على ذلك، فغالبا ما تفضل المؤسسات الصناعية استثمار هذه المعرفة التقنية التي اكتسبتها عبر التجارب التقنية المتتالية عبر سنوات عديدة ، و تحديد هذه المعرفة مرتبط بقيمتها الاقتصادية. [1]

و كمثال على عقود نقل التكنولوجيا التي خضعت للتحكيم الدولي في الجزائر نذكر: عقود المفتاح في اليد، والمنتوج في اليد. و تم تبرير ذلك على أساس أن هذه العقود –عقود نقل التكنولوجيا – تمس بالسيادة الوطنية الجزائرية، بينما تخضع العقود الأخرى مثل عقود التكوين، و المسائل التقنية إلى اختصاص المحاكم الجزائرية في غالب الأحيان .

و هنا تثير مسألة مفادها أن الشركات الأجنبية المهيمنة على التكنولوجيا تكون قد فرضت على الجزائر إخضاع تلك العقود إلى التحكيم الدولي، وتكون الجزائر بالمقابل قد فرضت القانون الجزائري كقانون واجب التطبيق على هذه العقود.

و ما يمكن ملاحظته من الناحية القانونية هو أنه بعد صدور قانون الإجراءات المدنية لعام 1966 أصبح اللجوء إلى التحكيم غير مشروع. [2]

---

[1] Mahfoud BOUHACENE –Droit Internationale de la Coopération Industrielle opu et publisud -1982 –p156-157

[2] / عليوش قربوع كمال ـ التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ـ مرجع سابق ـ ص 14

الفصـــل الثـــانـي

اتفـاق التحكيـم

يجب أن نشير إلى وجود تفرقة بين شرط التحكيم Clause Compromissoire و بين اتفاق التحكيم Le Compromis. أما الأول فيقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود العقد .، و الذي يتفق بمقتضاه الأطراف على حل ما قد يثور بينهم من نزاعات عن طريق التحكيم، و ذلك قبل ظهور تلك النزاعات. و قد يكون شرط التحكيم عاما إذا أحال على التحكيم كافة النزاعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد. و قد يكون خاصا إذا اكتفى بالإحالة على التحكيم بعض المسائل دون البعض الآخر. أما اتفاق التحكيم فهو تصرف مستقل عن العقد، يتخذ شكل اتفاق مكتوب، يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع و مكان و إجراءات التحكيم و القانون الواجب التطبيق على النزاع، و عادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا لنشوب النزاع.[1]

المبحث الأول: تعريـف اتفـاق التحكيـم و أشكالـه

إن للتحكيم التجاري الدولي أنواع متعددة سوف نتطرق لكل نوع منها. فقد يكون التحكيم داخليا أو دوليا، و هو في كلتا الحالتين قد يكون مؤسسيا أو خاصا Ad hoc . بالإضافة إلى أن اللجوء إليه لتسوية النزاع، يكون أحيانا بصفة إرادية من طرف المتنازعين و أحيانا يكونون مجبرين على اللجوء إليه.

1/ أحمد عبد الحميد عشوش : التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار - دراسة مقارنة - مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية 1990 ص 16 و ما بعدها.

المطلب الأول: تعريـف التحكيـم

يمكن في البداية أن نتعرض للتعريف التقليدي لاتفاق التحكيم و الذي يتمثل في أنه : " ذلك الاتفاق الذي تتعهد الأطراف بمقتضاه أن يتم الفصل في النزاعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها، عن طريق التحكيم، إذا كانت هذه النزاعات تتعلق بمسائل التجارة الدولية. "

كما يمكن تعريف اتفاق التحكيم انطلاقا من نص (المادة 7 الفقرة 1) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أن :" اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. " و الملاحظ أن هذا النص يتفق تماما مع (المادة 10) من قانون التحكيم المصري الجديد التي تنص على أن: " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض النزاعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية. "[1]

ومن خلال ما تقدم يتضح أن اتفاق التحكيم يتضمن نوعين من أشكال الاتفاق على التحكيم:

---

[1] / يعرف الفقه الفرنسي اتفاق التحكيم بما يلي :

« Par l'arbitrage les parties conviennent de soumettre leur différents au jugement de particuliers qu'elles choisissent »

- René David l'arbitrage dans le commerce international ECONOMICA 1982 – p 9

« L'arbitrage est une technique visant a faire donner la solution d'une question intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – les quelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'état

أنظر- معوض عبد التواب – الموسوعة في التحكيم التجاري الدولي – دار الفكر الجامعي بالإسكندرية،1997، ط1 ص 115

و د/ حفيظة السيد الحداد – الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية 2001 ص 14

- النوع الأول وهو شرط التحكيم clause compromissoire وهو الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف العقد على أن يتم الفصل في المنازعات التي يحتمل نشوئها بسبب ذات العقد من خلال التحكيم.

- و النوع الثاني هو مشارطة التحكيم compromis وهو الاتفاق الذي يتم بموجبه عرض حل المنازعة القائمة فعلا بينهم على التحكيم.

وبعبارة أخرى فإن شرط التحكيم يكون عبارة عن بند ضمن العقد نفسه، يتضمن النص على إحالة النزاعات المحتمل نشوئها على التحكيم، و قبل ظهور هذه النازعات. بينما مشارطة التحكيم فهي اتفاق مستقل عن العقد يتعهد بموجبه الأطراف بعرض المنازعة التي تنشأ فعلا على التحكيم لتسويتها.

وعليه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع، سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين، بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.

كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان الاتفاق باطلا.

و على ضوء ما تقدم نستطيع القول بأن اتفاق التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي ترسو عليه إرادة الأطراف المتنازعة و القاضي بإحالة ما قد ينشأ أو ما نشأ فعلا بينهم من نزاعات على قضاء التحكيم لحلها، شريطة أن تكون هذه النزاعات ذات طابع تجاري دولي.

والملاحظ أن التعريف الواسع لاتفاق التحكيم السالف ذكره، و الذي يشمل شرط التحكيم، واتفاق التحكيم يتماشى مع التعريف الفقهي التقليدي لاتفاق التحكيم، ومع ما هو ملحوظ في الأنظمة القانونية و المعاهدات الدولية، من حيث عدم التفرقة بين اتفاق التحكيم، و شرط التحكيم، لاسيما في العلاقات الاقتصادية الدولية. حيث أن تلك التفرقة المعروفة في القانون الفرنسي مثلا هي آخذة في الزوال في إطار التحكيم الداخلي في فرنسا.[1]

---

[1] / د حفيظة السيد الحداد – الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم – مرجع سابق – ص 14-15

و أنظر في هذا الشأن أيضا د. محمد عبد المجيد إسماعيل – عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها – منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان 2003 – ص 359 وما بعدها.

و بوجه عام فإن التحكيم هو وسيلة لفض نزاع قضائي فعلا أو محتمل مستقبلي، و يتضمن عزوف أطراف الخصومة عن اللجوء إلى القضاء المختص به، و الاتفاق على طرحه أمام فرد أو أفراد – هم المحكمون – للنظر و الفصل في ذلك النزاع.

فالتحكيم إذا هو عمل قضائي يجري خارج نطاق جهة القضاء العامة، ومن ثم فهو قضاء خاص كما أنه عمل يقوم أساسا على تراضي طرفي النزاع، و قبول منهما لكلمة المحكمين، هذا من ناحية.

و من ناحية أخرى، فإنه يقوم على تصرف قانوني، ويتضمن أي عقد يبرمه الطرفان فيما بينهما بكل حرية. وقد يأتي في صورة اتفاق يبرمه الأطراف بصدد نزاع قائم فعلا، و يطلق عليه هنا مصطلح " مشارطة التحكيم clause compromissoire أو اتفاق التحكيم.

كما قد يأتي في صورة شرط يدرج ضمن العقد، و يتضمن شرط كل ما قد ينشأ من صعوبات بشأن تنفيذ العقد أو تفسيره، على محكم أو محكمين أو هيئة تحكيم نظامية.

و يطلق عليه هنا مصطلح شرط التحكيم compromis. [1] و هو ما أصبح كثير التداول في العقود التجارية الحالية.

و مما سبق، نستخلص بأن التحكيم معناه رغبة طرفي النزاع في عدم عرض نزاعهم على القضاء العادي في الدولة، و رغبتهم في إقامة محكمة خاصة، بهم يختارونها بأنفسهم، و يحددون لها موضوع النزاع و القانون الذي يرغبون في تطبيقه على نزاعهم. فالمحكم ليس قاضي مفروض على طرفي النزاع، و إنما هو مختار من طرفهم.

و ذلك لأن التحكيم يحفظ أسرار المحتكمين و أسرار القضية المحتكم فيها. لهذا يحرص أطراف النزاع على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم، أو اللجوء إلى هيئة تحكيم نظامية مثل هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، و التي لها فروع كثيرا منتشرا عبر مختلف دول العالم، أو محكمة التحكيم بلندن و غيرها.

وننقل عن الدكتور محسن شفيق قوله: " التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقا محضا و لا قضاء محضا وإنما هو نظام يمر عبر مراحل متعددة يلبس في كل منها لباسا خاصا

[1] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي ،ط1 ـ دار الفكر الجامعي بالإسكندرية،1991 ص 72-

و يتخذ طابعا مستقلا. فهو في أوله اتفاق، و في وسطه إجراء، وفي آخره حكم. وينبغي مراعاة هذا الدور عند تعيين القانون الواجب التطبيق. [1]

هذا بالإضافة إلى أن التحكيم يمثل طريقا استثنائيا للتقاضي، فهو محدد بقدر ما حدده الاتفاق، فلا ينسحب إلى عقود أخرى لم يشملها الاتفاق. كما أنه يضمن لطرفي النزاع السرية المطلوبة، و السرعة في الفصل في النزاع لربح الوقت. حيث يستغرق التحكيم وقتا أقل من الوقت الذي يستغرقه سير الدعوى لدى المحاكم العادية، كما أنه يؤدي إلى التقليل من حالات تنازع القوانين. إذ أن شرط التحكيم لا يخضع لأحكام القانون الدولي الخاص ، و أن المستثمرين الأجانب، عند التعاقد مع الدول النامية، يسعون دوما إلى التخلص من أحكام قوانين هذه الدول، باشتراط التحكيم لحل النزاعات، الأمر الذي ترى فيه هذه الدول النامية بمثابة مساس بسيادتها، و التي تؤدي بالنسبة لها في قوانينها على استبعاد اللجوء إلى التحكيم، و في المقابل إصرار المستثمرين على اللجوء إليه. [2]

المطلب الثاني: التحكيـم الدولـي و التحكيـم الداخلـي

لقد أوضح القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بأنه لا يمكن حصر لفظ " التجاري "على المفهوم الضيق بقصره على معاملات التجار وحدها فيما بينهم، بل يجب تفسيره تفسيرا واسعا، بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات التجارية تعاقدية كانت أو غير تعاقدية.

و العلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل دون حصر المعاملات التالية:

---

[1] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي –المرجع السابق – ص 73-74
و أنظر كذلك د. منير عبد المجيد – الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية،2000، ص 10 - 11

[2] / توصية جمعية محامي الولايات الألمانية إلى أعضائها بعدم قبول تطبيق قوانين الدول العربية على العقود التي تبرمها معها، و النص بشدة على شرط التحكيم في عقودها.
- طالب حسن موسى – الموجز في قانون التجارة الدولية – مرجع سابق ص 162

أية معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، اتفاقات التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التأجير الشرائي، تشييد المصانع الخدمات الاستشارية الأعمال الهندسية، إصدار تراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة و غيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، أو نقل البضائع أو الركاب جوا أو بحرا أو برا أو بالسكك الحديدية.

و بوجه عام طالما أن العلاقة في مجموعها تتناول تبادلا دوليا للسلع و الخدمات لا حاجة لوجود نص بالذات يضفي عليها صفة العمل التجاري. [1]

كما أن نطاق التجارة الدولية يغطي كل نشاط اقتصادي دولي، وتتحقق الصفة الدولية عندما يحصل على الصعيد الاقتصادي، انتقال أموال أو خدمات مابين بلد و آخر أو يكون الأطراف من جنسيات مختلفة أو مقيمين في بلدان مختلفة. ويذكر الدكتور الأحدب عبد الحميد: " بأن الصفة الدولية تحدد العمليات تتوفر على جميع العناصر التي تدخل في الحساب بحيث تتصف دولية كلما خرجت من إطار الاقتصاد الداخلي لبلد ما. و بهذا المفهوم تكون العملية التجارية هي التي تدخل التحكيم في الإطار الدولي أو لا تدخله". [2]

ونبين في هذا المقام، بأن اتفاق التحكيم يعتبر دوليا، طالما كانت العلاقة محل النزاع تعتبر دولية. بمعنى أن دولية العلاقة محل النزاع، هي التي تضفي الطابع الدولي على اتفاق التحكيم، سواء أدرج شرط التحكيم في العقد الأصلي clause compromissoir أو اتخذ شكل اتفاق مستقل compromis. و بمعنى آخر، فإن التحكيم يعتبر دوليا، إذا تعلق النزاع بعلاقة تشمل عنصر أجنبي أو أكثر. ولذلك تكون الطبيعة الدولية للنزاع، هي أحد الضوابط الأساسية لدولية التحكيم التجاري.

---

[1] / د منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي–منشأة المعارف– الإسكندرية 1997 ص 29

و انظر لنفس المؤلف : الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي(في القانون الخاص ص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم) – منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000 ص 38

[2] / د عبد الحميد الأحدب – التحكيم الدولي – الجزء 2 – دار المعارف–الإسكندرية 1998 – ص 9

و د محمد عبد الفتاح ترك – التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري) مرجع سابق– ص 336-337

و مع ذلك فإن قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1985/12/11، اعتبرت التحكيم دوليا لما يكون مقري عمل طرفي اتفاق التحكيم واقعين في دولتين مختلفتين، و ذلك طبقا لنص المادة الأولى.

و من هنا يكون وجود مقر عمل طرفي الاتفاق في دولتين مختلفتين، معيارا لدولية التحكيم. وفي حالة وجود أكثر من مقر واحد يعتد بمقر العمل الأكثر صلة باتفاق التحكيم (المادة 1 فقرة 4 بند "أ") وإذا لم يكن لأحد الأطراف موطن عمل معروف يؤخذ بمحل الإقامة (المادة 3 الفقرة 4 بند "ب"). كما اعتدت قواعد القانون النموذجي بمكان التحكيم المعين باتفاق الأطراف، و كذا بمكان تنفيذ الالتزامات الرئيسية أو الأساسية كمعيار لدولية التحكيم. [1]

و هناك من الفقه ما ذهب إلى القول بأن معيار التفرقة، هو القانون الواجب التطبيق بالنسبة للإجراءات الخاصة بالتحكيم. و بناء على ذلك يمكن معرفة صفة التحكيم بمعرفة قانون الإجراءات الذي يخضع له التحكيم.

فإذا كان ذلك قانونا داخليا، اعتبر التحكيم داخليا. أما إذا كانت قواعد الإجراءات مأخوذا من قانون أجنبي، ففي هذه الحالة يعتبر التحكيم تحكيما أجنبيا. و إذا كانت قواعد الإجراءات المطبقة مستمدة من نصوص اتفاقيات دولية، فإن التحكيم في هذه الحالة يعتبر دوليا.

وتجدر الإشارة إلى أن التحكيم يمكن أن يعتبر وطنيا بالنسبة لدولة ما، و يعتبر أجنبيا في نفس الوقت بالنسبة لدولة أخرى.

إلا أن هذا الرأي تعرض إلى انتقادات عديدة، أهمها هو أنه يترك الباب مفتوحا للبحث عن القانون الواجب التطبيق منذ بداية التحكيم إلى غاية إصدار القرار التحكيمي الذي يحسم النزاع. [2]

كما اعتبر قانون التحكيم المصري، بأن التحكيم يكون دوليا متى ارتبط موضوع النزاع بأكثر من دولة واحدة. و ذلك حسب نص (المادة 3 الفقرة 3) من القانون رقم 27

---

[1] / منير عبد المجيد – التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي ـ مرجع سابق – ص 31

[2] / المرجع سابق – ص 100

لسنة 1994. كما اعتبرت (المادة 3 الفقرة 2)من هذا القانون التحكيم دوليا متى تعلق موضوعه بالتجارة الدولية. [1]

و الملاحظ أن هذه الفقرة قد تبنت معيار ارتباط النزاع بالتجارة الدولية، الذي استقر عليه الفقه الحديث و القضاء الفرنسي.

أما الحالات التي وردت في نص القانون المصري فهي :

أولا: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم ، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال،فالعبرة بمحل إقامته المعتاد. وهذه الحالة تتجاوب مع (المادة 1 الفقرة 3) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، مع إضافة الحكم الوارد في الفقرة الفرعية 4 من(المادة 1 الفقرة 3) ، وهو المعيار الذي أخذت به اتفاقية فيينا لسنة 1980للبيع الدولي للبضائع .

ثانيا : إذا اتفق طرفي التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة، أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر أو خارجها ، وهذه الحالة أضافها النص المصري إلى الحالات الثلاثة الواردة في القانون النموذجي. و يهدف من وراء ذلك إلى اعتبار التحكيم دوليا باللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة ، مثل غرفة التجارة الدولية بباريس أو جمعية التحكيم الأمريكية ، أو باللجوء إلى مركز للتحكيم يوجد مقره داخل مصر أو خارجها ، مثل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، أو مركز تسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID .

ثالثا : إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة، و هذه الحالة أخذت أيضا من القانون النموذجي ، ولعلها أكثر الحالات وضوحا لبيان الصفة الدولية للنزاع.

رابعا : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم، يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، و كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة :

---

[1] / د. منير عبد المجيد - التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي ـ المرجع السابق – ص 32

و انظر لنفس المؤلف : الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية،ط2000ـ مرجع سابق، ص 50 و ما بعدها

1. مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

2. مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

3. المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع.

ويبدو مما تقدم أن القانون المصري الجديد للتحكيم، أورد عدة معايير لدولية التحكيم، مما يسمح باتساع نطاق مفهوم التحكيم التجاري الدولي، وفقا لهذا القانون الجديد. ويترتب على تحديد الطبيعة الدولية للتحكيم، أهمية خاصة وهي في تحديد الأحكام التي تنطبق على التحكيم الدولي، و أهمها تحديد المحكمة المختصة، بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون الجديد إلى القضاء المصري. إذ أنها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع إذا كان التحكيم داخليا، و محكمة استئناف القاهرة إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر حسب نص المادة (9 الفقرة 1).[1]

و تكمن أهمية التفرقة بين التحكيم الدولي، و التحكيم الوطني، في الإشكاليات العديدة التي تثار بشأن التحكيم الدولي، و التي لا توجد في التحكيم الداخلي، وتتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وعلى العقود التجارية الدولية، من حيث الموضوع ومدى إمكانية تطبيق منهج تنازع القوانين، و النظريات المختلفة بشأن تحديد القانون المختص، أو مدى خضوع المنازعة لقانون التجارة الدولية.

أما التحكيم الداخلي، فهو ذلك التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني بحت و تكون جميع عناصره منتمية لدولة واحدة [2]. و يتم تنفيذ الحكم في نفس الدولة، بحيث يجوز للقضاء الوطني في بعض الدول، مراقبة حكم التحكيم بالتصدي لموضوع النزاع، ويبطل حكم التحكيم الذي يخالف قانون التحكيم الوطني.

في حين أن التحكيم الدولي لا يتصدى فيه القاضي لموضوع النزاع، ولا يبحث في مدى مطابقته للقانون. إنما تقتصر الرقابة المختصة في مكان التنفيذ،على بحث مدى توافر

[1] / عبد الحميد المنشاوي – التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية – منشأة المعارف بالإسكندرية،ط 1995 ص 21 - 22

[2] / د قادري عبد العزيز – الاستثمارات الدولية – مرجع سابق ص 224.

الشروط اللازمة للتنفيذ، وكذلك مدى توافق متطلبات التنفيذ،مع النظام العام والآداب العامة، في الدولة مكان التنفيذ.[1]

والتحكيم الوطني، هو ذلك التحكيم الذي تكون كل مكوناته أو عناصره من موضوع النزاع، إلى جنسية ومحل إقامة طرفي النزاع والمحكمين والقانون الواجب التطبيق، ومكان إجراء التحكيم منحصرا كلها في دولة معينة واحدة.[2]

وفي حالة عدم انتماء هذه العناصر إلى دولة واحدة، يكون التحكيم أجنبيا أو دوليا.[3]

و في مجال التفرقة دائما بين التحكيم الوطني و التحكيم الأجنبي، هناك المعيار الإجـرائي الذي يرى أنصاره بأن التحكيم يكون أجنبيا،حينما يجري وفقا لإجراءات خاضعة لقانون أجنبي. و يكون دوليا حينما يجري وفقا لإجراءات حددتها اتفاقية دوليـــة - كما بينا ذلك سابقا- أو وفقا للائحة إجراءات وضعتها منظمة تحكيم أجنبية أو دولية.

و هناك أيضا المعيار الموضوعي الذي بدأ به القضاء الفرنسي. ففي مطلع الثلاثينات قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التحكيم يكون تجاريا دوليا منذ الوقت الذي يكون فيه التعامل موضوع النزاع " ذلك يتعدى حدود التجارة الدولية ". و قالت مصادرا بأن التحكيم لا يأخذ صفته الدولية إلا بالنظر إلى " الطبيعة الجوهرية الدولية للنزاع المطروح ".

و سارت على هذا النهج في أحكام حديثة. و لو أن للمعيار الموضوعي هذا طابعا اقتصاديا و جغرافيا، إلا أنه يسهل استخدامه، و هو يتفق مع الحقيقة الاقتصادية للتجارة الدولية و ارتباطها عبر الحدود، و هو الذي مكن القضاء الفرنسي من إيجاد قواعد موضوعية خاصة بالتحكيم التجاري الدولي.[4]

كما تتطرق المادة 1492 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، إلى معيار تعريف دولية التحكيم التجاري الدولي كما يلي :

« est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »

---

[1] / د. منير عبد المجيد ـ التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي – مرجع سابق ص 37
- و انظر أيضا لنفس المؤلف: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي– مرجع سابق ص 47.

[2] / د قادري عبد العزيز – الاستثمارات الدولية – مرجع سابق ص 224.

[3] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي (حتمية التحكيم وحتمية التجارة الدولية) مرجع سابق ـ ص 100

[4] / كمال ابراهيم ـ التحكيم التجاري الدولي ـ (حتمية التحكيم و حتمية التجارة الدولية) مرجع سابق ص 102 و 103

ونشير هنا إلى أن هذه المادة، لا تأخذ بالمعايير الأخرى، مثل تابعية جنسية الأطراف، أو المحكمين، أو مكان توقيع العقد، أو تنفيذه، أو مكان إجراء التحكيم. وإنما أخذت بالطابع الاقتصادي للنزاع. [1]

كذلك أن التحكيم الدولي، لا يقبل الاستئناف الموجه للقرار الصادر فيه، لأن ذلك الاستئناف يعني التدرج الأعلى للسلطة القضائية في بلد واحد. وهو أمر لا يمكن إعماله بالنسبة لقرارات التحكيم التجاري الدولي أو الأجنبي، لأن الاستئناف هو وسيلة رقابة على الأحكام القضائية الوطنية في الدولة.

إلا أن الوصف على "دولية" التحكيم التجاري أو "أجنبيته"، يعتبر من المسائل الصعبة والمعقدة نتيجة لتداخل المصطلحات المستعملة في الفقه والقضاء مثل التحكيم الداخلي Arbitrage interne والتحكيم الوطني Arbitrage national والتحكيم الأجنبي Arbitrage étranger والتحكيم التجاري شبه الدولي semi international فضلا عن مصطلح التحكيم التجاري الدولي. وعلى ضوء المعادلة الآتية يمكن لنا رصد حقيقة العلاقة بين مختلف هذه المصطلحات التي أطلقت على التحكيم التجاري الدولي وهي : "تحكيم وطني/أجنبي" أي وطني بالنسبة لدولة ما وأجنبي بالنسبة لباقي الدول "تحكيم أجنبي/دولي" فهو أجنبي بحكم انتمائه بعض عناصره لقوانين أجنبية ، ودولي سواء بالمعنى الجغرافي أو بحكم المنازعة فيه. وأخيرا "تحكيم دولي/طليق" وهو تحكيم مقطوع الصلة بالقوانين الوطنية، ويكون حسم النزاع فيه وفقا لقواعد معيارية، غير مستمدة من تشريعات وطنية معينة، وإنما من عادات وأعراف التجارة الدولية. [2]

إذا كان التحكيم يجري وفق اتفاقية دولية تبين معنى الدولية في نطاقها، يجب عندئذ الأخذ بهذا المعنى. ولا تثور بشأن التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الوطني إلا صعوبة تفسيرا إذا كان غامضا، كما لا توجد صعوبة في ذلك إذا تكفل القانون الوطني ببيان متى

---

1 / طالب حسن موسى – الموجز في قانون التجارة الدولية – مرجع سابق ص 159.

2 / د. أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي –دار الفكر العربي، ط 1981 ص 52 و 57

يكون التحكيم أجنبيا. ومثال ذلك، القانون السويسري الذي يعتبر التحكيم الذي يجري خارج سويسرا أجنبيا.

أما إذا لم توجد نصوص تبين معنى الدولية، صار الأمر اجتهادا. وهناك عدة ضوابط يمكن الاستناد إليها لتحديد دولية التحكيم، ومنها:

الاستناد إلى جنسية المحكم أو جنسية الخصوم، فيعتبر التحكيم دوليا إذا كان المحكم من جنسية غير جنسية الخصوم، أو كان الخصوم من جنسيات مختلفة. كما يمكن الاستناد إلى المكان الذي توجد به هيئة التحكيم، فيكون التحكيم دوليا إذا كان يجري في دولة غير تلك التي توجد بها هيئة التحكيم. ويمكن الاستناد إلى المكان الذي توجد به المحكمة المختصة بنظر النزاع لولا وجود اتفاق التحكيم. فإذا كان التحكيم يجري في دولة غير تلك التي توجد بها المحكمة كان التحكيم دوليا.

إلا أن بعض الفقه يرفض الاستناد إلى هذه الضوابط لتحديد معنى الدولية و يقولون بأن الضابط الصحيح هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم. فإذا كان قانون الدولة التي يجري بها التحكيم هو المطبق كان التحكيم بالنسبة لها وطنيا. و إذا كان القانون المطبق هو قانونا أجنبيا أو قواعد وضعتها منظمة دولية للتحكيم – مثل غرفة التجارة الدولية – كان التحكيم دوليا.

فالأمر يتوقف على إرادة الخصوم، إذا اختاروا إجراء التحكيم في دولة معينة و اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون تلك الدولة، كان التحكيم وطنيا. وإذا اختاروا اتباع إجراءات منصوص عليها في قانون أجنبي، أو في قواعد أجنبية، كان التحكيم دوليا، بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وإذا اختار الخصوم إجراء التحكيم في دولة معينة دون الإشارة إلى الإجراءات الواجب إتباعها في التحكيم، يتوقف الأمر على ما تقضي به قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص . فإذا أحالت إلى قانون هذه الدولة كان التحكيم وطنيا، و إذا قضت قواعد الإسناد بتطبيق قانون أجنبي كان التحكيم دوليا.[1]

[1] / محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) –مرجع سابق ص 22-25

ومن هنا، يتضح دور مكان التحكيم، في تحديد وطنية التحكيم من دوليته. فالمكان ليس ضابطا مباشرا لتحديد التفرقة، وإنما هو عامل غير مباشر في تحديد نوعية التحكيم. إلا أن هذا الرأي تعرض لانتقادات الفقه الحديث الذي يشكك في إمكانية العثور على ضابط ثابت لدولية التحكيم. أما في مجال القضاء فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية في 7/مايو/ 1963 حكما اتجهت فيه إلى توسيع معنى الدولية، فلم تستند إلى ضابط معين دون الآخر، و إنما اكتفت بوجود عنصر خارجي في التحكيم، أو في النزاع يكون بقدر من الأهمية بحيث يضفي على التحكيم الصفة الدولية.

المطلب الثالث : التحكيـم الاختيـاري و التحكيـم الإجبـاري

إن التحكيم في منازعات التجارية الدولية، هو في الأصل اختياري. إلا أن بعض النصوص القانونية قد تفرض في بعض الحالات اللجوء إلى التحكيم بحيث لا يجوز اللجوء إلى القضاء العادي في تلك الحالات أو لا يجوز اللجوء إليه إلا بعد مراعاة أحكام تلك النصوص القانونية من وجوب طرح النزاع على هيئة تحكيم. وهذا الشكل من التحكيم هو ما يصطلح عليه بالتحكيم الإجباري إذ لا يعتد فيه بإرادة الأطراف.

وهذا التحكيم ليس بالأمر الشاذ بل غالبا ما تتضمنه القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، وكمثال على ذلك، نجد أنه منصوص عليه في اتفاقية **برن** المبرمة عام 1961 المتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية، حيث أسندت هذه الاتفاقية إلى محكمة تحكيم سلطة الفصل في النزاعات المتعلقة أو الناشئة عن العقود المبرمة في مجال النقل بالسكك الحديدية بين رعايا الدول المتعاقدة و غير المتعاقدة، و كذلك الحال بالنسبة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى.

كما نصادف هذا النوع من التحكيم أيضا لدى غرفة التجارة الدولية في عقود المنشآت الصناعية و التوريدات الدولية ذات الشكل النموذجي.

كذلك الحال بالنسبة للشروط العامة لدول الكوميكون 1968 التي تحكم بيوع البضائع بين منظمات التجارة الخارجية في بلاد الكوميكون حيث تقضي المادة 90 منه

بأن: " كل المنازعات التي تنجم عن العقد أو تتولد بمناسبته يجب عرضها على التحكيم مع استبعاد اختصاص المحاكم العادية بذلك ". [1]

كما ساد التحكيم الإجباري في الاتحاد السوفييتي سابقا في إطار المشروعات العامة.

و يختص هذا النمط من التحكيم، بأن الإرادة لم تعد أساسا للتحكيم في جميع الأحوال. و تجدر الإشارة هنا إلى أن التحكيم الإجباري لا وجود له في معاهدة نيويورك لأن التحكيم الذي تضمنته المعاهدة، أساسه " الإرادة المشتركة للأطراف ". [2]

قد يكون اللجوء إلى التحكيم بناء على اتفاق بين الخصوم، يختارون فيه المحكم و يعينون القانون الواجب التطبيق و إجراءات التحكيم. فيكون التحكيم عندئذ اختياريا volontaire مستندا إلى مبدأ سلطان الإرادة. وقد يكون التحكيم مفروضا على الخصوم بنص في القانون، فيكون عندئذ إجباريا forcé و ينقسم إلى قسمين : فقد يكتفي المشرع بفرض التحكيم، ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم. وقد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل، فيضع تنظيما إلزاميا لإجراءات التحكيم ، فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور في التحكيم.

ولعل التحكيم المنتشر في المعاملات التجارية الداخلية والخارجية هو التحكيم الاختياري.

إلا أن التحكيم الإجباري له مكانته في مجال التجارة الخارجية، ويختص إذا أوجبته اتفاقية دولية أو شروط عامة يعتبر إتباعها إجباري.

ويلاحظ في العصر الحالي، نوع من الميل نحو التحكيم الإجباري في مجال المعاملات الداخلية وخاصة فيما يتعلق بالمنازعات المهنية، ومنازعات القطاع العام.

كما أن التحكيم – ولو كان إجباريا – يقوم أساسا على مبدأ سلطان الإرادة. بحيث لو زالت هذه الإرادة، لاعتبر قضاء عاديا وليس تحكيما. وقد يكون لإرادة الخصوم كل الشأن في عمليات التحكيم، فتقرر اللجوء إليه وتختار المحكم وتعين القانون الواجب

---

[1] / كمال إبراهيم –التحكيم التجاري الدولي (حتمية التحكيم وحتمية التجارة الدولية ط 1 – دار الفكر العربي1991 القاهرة – ص 98

[2] / د منير عبد المجيد –قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية – دار المطبوعات الجامعية 1995 الاسكندرية ص 8

و انظر أيضا لنفس المؤلف : الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي– مرجع سابق – ص 12 - 13

التطبيق وتنظيم إجراءات التحكيم، وهذا هو حال التحكيم الاختياري المطلق. وقد يكون التحكيم مفروضا من طرف المشرع مع ترك الحرية للأطراف في تنظيم كل عملياته كلها أو بعضها، وهذا حال التحكيم الإجباري.[1]

أما إذا لم يقتنع المشرع بفرض التحكيم، وتدخل حتى في تنظيم عملياته، وجعل تنظيمه هذا ملزما بحيث لا يبقى لإرادة الأطراف أي دور في التحكيم، فإن هذا لا يعتبر في نظر الدكتور محسن شفيق تحكيما بالمعنى الفني، وإنما هو ضرب من القضاء العادي لا تكاد تفترق عنه إلا طبيعة ولاية القاضي، فهي عامة ودائمة بالنسبة للقاضي ومؤقتة وخاصة بنزاع معين بالنسبة للمحكم.

المطلب الرابع: التحكيـم الخـاص والتحكيـم المنظـم

قد يلجأ طرفي النزاع في التجارة الدولية لحل النزاع القائم بينهم إلى ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة Arbitrage Ad – hoc أو التحكيم الحر، وهو تحكيم لا يختار فيه أطراف النزاع هيئة دائمة للتحكيم، وإنما يجري وفق مشيئتهم من حيث اختيارهم للمحكمين وكيفية مباشرة إجراءات التحكيم، ومكان انعقاده والقانون الواجب التطبيق على النزاع. غير أن هذا النوع من التحكيم يمكن أن يصطدم بصعوبات تتمثل في قصور اتفاقهم، لعدم القدرة على التنبؤ بكل الصعوبات التي يمكنها أن تحدث مستقبلا. و عليه يجب على الأطراف أن يكتبوا اتفاقهم بدقة و عناية مع الإشارة إلى قانون إجرائي ذو نوعية جيدة.[2]

كما يمكن اللجوء إلى هيئات التحكيم الدائمة المنتشرة عبر العالم، والتي تقوم بتقديم خدمات للمتنازعين بشأن عقود التجارة الدولية، وتهيئ لهم الظروف لإجراء هذا التحكيم بما لها من سكرتارية دائمة ولوائح قائمة بأسماء المحكمين المؤهلين. بل وتقوم بتقديم حتى تسهيلات مالية. هذا بالإضافة إلى أن غالبية العقود الدولية ذات الشكل النموذجي

---

[1] / أنظر د محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) مرجع سابق ص 13 - 16

[2] / Charles jarrosson - édition Juris- classeur- 1998 – fascicule 2003-p 4

تتضمن نصوصا يكون بمقتضاها اللجوء إلى إحدى هيئات التحكيم الدائمة إجباريا ويجري التحكيم وفقا للوائح هذه الهيئة.

وإذا كان تحكيم الحالات الخاصة قد سبق تحكيم الهيئات الدائمة في الظهور، إلا أن هذا النوع من التحكيم قد أفل نجمه، وأصبح على حد تعبير بعض الفقهاء، بمثابة القريب الفقير Parent pauvre إلى جانب التحكيم الدائم الذي أصبح متسقا مع ظروف التجارة الدولية، واكتسب ثقة المتعاملين فيها. ومع ذلك فكثيرا ما يلجأ الخصوم إلى تحكيم الحالات الخاصة لما يوفره من السرية المطلوبة في بعض المجالات التي تكثر فيها المنافسة مثل التحكيم بين الشركات، و براءات الاختراع و عقود نقل التكنولوجيا.

هذا فضلا عن أن إجراءات التحكيم في تحكيم الحالات الخاصة أصبحت الآن تكاد تكون موحدة على الصعيد الدولي، بعد صدور قواعد التحكيم التجاري المتضمن في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 ديسمبر 1976 التي صاغتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وهي قواعد استرشادية يهتدى بها في تحكيم الحالات الخاصة والمعروفة باسم "UNCITRAL".[1]

وتجدر الإشارة إلى أن لائحة اليونسترال، تحتوي على قواعد وأحكام كثيرا لتسيير العملية التحكيمية وهي موضوعة في متناول كل من طرفي النزاع والمحكمين على حد سواء. ويمكن لأي منهم تطبيق أحكامها، على أية عملية تحكيمية. وما يميز هذه اللائحة عن غيرها، هو أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، لم تقم بإنشاء مؤسسة تحكيمية دائمة تقوم بتطبيق هذه اللائحة. بل هي موضوعة في متناول كل من المحكمين والخصوم من باب الاستعانة بها فقط - كما أسلفنا بعد قليل - بحيث يمكنهم تطبيق البعض من نصوصها، واستبعاد البعض الآخر أو إضافة نصوص جديدة أخرى، حسب طبيعة الخصومة وحسب اتفاق الخصوم.[2] وكون هذه اللائحة غير منزوية تحت مؤسسة تحكيمية تسهر على تطبيق أحكامها يؤدي ذلك إلى عدم تدخلها في سير التحكيم، مما يسمح بالقول بأن التحكيم بموجب هذه اللائحة هو تحكيم حر.

---

[1] / د. أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 21
- صادقت الجزائر على منظمة الأونسترال في 7 فبراير و أصبحت نافذة منذ 8 ماي 1989

[2] / د محمد عبد الفتاح ترك –التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري) مرجع سابق - ص 418.

ويختلف تبيان القانون الذي يحكم إجراءات سير المنازعة المطروحة على التحكيم باختلاف كون هذا التحكيم هو من تحكيم الحالات الخاصة، أو تحكيم تتولاه هيئات ومراكز التحكيم الدائمة.

و في هذا الإطار، هناك ثلاثة اتجاهات رئيسية بخصوص هذا الموضوع وهي:

1/القانون أو القواعد التي يختارها الخصوم لسير المنازعة إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

2/ قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم

3/ القواعد الإجرائية التي تتضمنها لائحة هيئة التحكيم الدائمة التي يختارها الخصوم. [1]

ومن الخصائص البارزة للتحكيم التجاري الدولي في الوقت الراهن، ظهوره في شكل منظمة دائمة تسهر عليه وتديره منظمات تعددت أنواعها وتسمياتها. فقد يطلق عليها أحيانا مصطلح "محكمة تحكيم" أو "مركز تحكيم" أو "جمعية تحكيم" أو "غرفة تحكيم" أو "لجنة تحكيم" أو "مكتب تحكيم". ويكمن معيار التحكيم النظامي في وجود إرادة من طرفي النزاع في الخضوع مقدما لتعليمات ولوائح منظمة تحكيم معينة تضمن تطبيقها هي بنفسها. ويقابل ذلك أن التحكيم الخاص ـ أو التحكيم المشكل خصيصا لنزاع معين ـ ليس هو فقط ما يتفق عليه أطراف النزاع في حالة معينة ، بل هو أيضا التحكيم الذي يشير بمقتضاه الطرفان إلى لائحة مؤسسة تحكيم أخرى دون أن يقيد ذلك منظمة هذه المؤسسة المختصة في التدخل في عمليات التحكيم.

وتعرف هذه المؤسسات التحكيمية انتشارا واسعا على المستوى الدولي، حيث توجد حاليا أكثر من 4000 مؤسسة تحكيمية منتشرة عبر دول العالم. [2]

فثمة مؤسسات تحكيمية متخصصة في نشاط معين، أنشأتها تجمعات معينة متخصصة في فرع معين من فروع التجارة، أو الخدمات التجارية، أو في نوع معين من المنتجات. وأغلب هذه المؤسسات أو الهيئات، هي وطنية النشأة. لكن مع تنامي و تنوع مجالات التجارة الدولية ، تنامى وتطور نشاط هذه الهيئات في إطار معاملات التجارة الدولية، ومن ثم أخذت طابع التحكيم التجاري الدولي.

---

[1] / د. أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ـ مرجع سابق – ص 90

[2] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق ص 99

ولعل الكثير من هذه الهيئات، يقوم في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية ويرتكز أغلبها في الموانئ البحرية والنهرية لأن التحكيم في هذا المجال يدور حول نوع البضاعة. ومن هذه الهيئات نجد : غرفة تحكيم القطن في LE HAVRE بفرنسا ومحكمة التحكيم التابعة لبورصة الأقطان في (بريم بألمانيا)، وغرفة التحكيم التابعة لجمعية ليفربول للقطن، وغرفة تحكيم البن في (أنفرس) وغرفة التحكيم التابعة لجمعية موزعي المنتجات الغذائية في نيويورك، ومحاكم التحكيم التابعة لجمعية لندن لتجارة القمح، وغيرها من الجمعيات البريطانية الهامة مثل غرفة تحكيم المنتجات الجديدة من جلود وحبوب وورق وحرير وكاكاو في لندن وليفربول ، جنوا ، كوبنهاق، أمستردام وروتردام، وغيرها.

ونشير إلى أن بعض هذه الهيئات مفتوح لجميع التجار أيا كان نوع نشاطهم وبعضها الآخر مقصور على بضاعة معينة كما أسلفنا. كما أن بعضها وطني، وبعضها الآخر دولي. وبالإضافة إلى ذلك هناك هيئات تحكيم تخطت الحدود الوطنية، وأصبحت تباشر نشاطها على نطاق ثنائي بين دولتين أو على نطاق إقليمي بين مجموعة من الدول. ولعل أهم مثال على ذلك هي "لجنة التحكيم التجاري الكندية الأمريكية" التي أنشئت عام 1934 بمجهود الجمعية الأمريكية للتحكيم. وتجدر الإشارة إلى أنه في عام 1943 تحققت الصلة بين المنظمات الأمريكية الثلاثة وهي :

جمعية التحكيم الأمريكية، اللجنة الكندية الأمريكية، واللجنة القائمة فيما بين الدول الأمريكية،وذلك بوضع نظام تحكيم مختلط. [1]

كما قامت من جهة أخرى الجمعية الأمريكية للتحكيم A. A .A بتوحيد قواعد التحكيم في مختلف الولايات، وأعدت بالتعاون مع اتحاد الأمريكيين The Pan American Union مشروع قانون موحد نموذجي للتحكيم وتولت الدعاية له لدى الولايات المختلفة باعتماده وإدماجه في تشريعاتها المحلية.

كما تعاونت مع الاتحاد المذكور على إنشاء مركز للتحكيم لتلجأ إليه المنشآت التجارية في دول الأمريكيتين The inter american commercial arbitration commission وأسهمت في الجهود التي بذلتها اللجنة القانونية لدول الأمريكيتين، لإعداد

---

[1] / أنظر كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق ص 111 وما بعدها

مشروع مكسيكو لعام 1956، وهو مشروع قانون موحد للتحكيم للعمل به في دول الأمريكتين. وأنشئت عام 1943 بالتعاون مع غرفة التجارة الكندية مركزا للتحكيم يدعى The Canadian American Arbitration Commission وجعلت له مركزين أحدهما بمقرها بنيويورك، والآخر بمقر الغرفة بمونتريال. ثم أوجدت الاتصال بين المركزين الذين أنشأتهما، بفضل ما أسمته (مؤتمر نصف الكرة الأرضية الغربي للتجارة الخارجية والتحكيم). [1] ووضعت نماذج لشروط تحكيم مختلطة لتستعمل عند اختلاف مواطن أطراف النزاع.

ويرى بعض الفقهاء بأن التحكيم المنظم أو المؤسساتي هو أفضل من التحكيم الخاص بالنسبة لطرفي النزاع، شريطة الاختيار الجيد للمؤسسة التحكيمية. لأن في ذلك تحقيقا للضمان فيما يخص الاختيار المحكمين، ومن ثم فإن التحكيم المنظم يسمح بالتحقيق في حالة العجز المحتمل للدفاع، كما يكفل استمرارية التحكيم. كما يحمل هذا النوع من التحكيم في نظامه بعض القواعد التي تسهل الإجراءات للطرفين، وإعلان قرار التحكيم وتنفيذه. ولهذا نجد أن قواعد غرفة التجارة الدولية، تقتضي بأن يتم تبليغ حكم التحكيم للأطراف من قبل سكرتير محكمة التحكيم، بينما في حالة التحكيم الخاص فإنه من أجل تبليغ الحكم، يتم مخاطبة المحكمة المختصة التابعة للدولة، بدلا من مخاطبة محكمة التحكيم. [2]

المطلب الخامس : إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

لقد سبق وأن بينا بأن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون في صورة عقد مستقل عن العقد الأصلي، يتم بعد نشوء النزاع. وقد يكون في صورة بند يدرج ضمن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية الموجودة بين الطرفين. وفي كلتا الحالتين، يتم اللجوء بمقتضى هذا العقد، إلى التحكيم لحل النزاع القائم، أو الذي سيقوم بين طرفي العقد.

[1] / د. محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) – مرجع سابق ص 105

[2] / د. محمد علي جواد – العقود الدولية (مفاوضاتها،إبرامها، تنفيذها)، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ط 1997 – ص 198و199

وفي هذا الإطار، يجب التساؤل عن مصير شرط التحكيم، في حالة ما إذا ثار نزاع يتعلق بصحة العقد الأصلي، وخاصة في حالة بطلانه أو فسخه.

والسؤال الذي يجب طرحه لتوضيح هذه المسألة، هو ما مدى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي ؟ فهل يعتبر جزءاً منه، فيتوقف مصير الأول على مصير الثاني ؟ أم هو مستقل عنه وقائم بذاته ؟

والإجابة على هذه التساؤلات لها أهمية بالغة، للفصل فيما إذا كان من الجائز إسناد سلطة النظر في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي إلى المحكم، أو يجب إحالة هذه المنازعات على القضاء العادي في الدولة.

وبعبارة أخرى ، هل يبطل شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي أو يزول بزواله ؟ والعكس صحيح. فإذا بطل شرط التحكيم كأن ينصب على موضوع لا يجوز التحكيم فيه فهل يبطل معه العقد الأصلي؟ وما هي الجهة المختصة بنظر دعوى البطلان؟ وهل للمحكم الحق في الاستمرار في إجراءات التحكيم، أو توقيفها في حالة الادعاء ببطلان العقد الأصلي، أو بطلان شرط التحكيم ؟ كذلك الأمر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق

فهل يجوز إخضاع كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم إلى نفس القواعد القانونية، أو يجوز إخضاع كل واحد منهما إلى قواعد قانونية مستقلة عن تلك التي تخضع لها الآخر ؟

فإذا تبنينا تبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي ، لا يجوز في هذه الحالة للمحكم أن ينظر الادعاء ببطلان هذا العقد، حيث لا يعقل أن يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطته.

أما إذا تبنينا استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، جاز للمحكم أن ينظر في المنازعة المتعلقة ببطلان العقد الأصلي، لأنه لا يستمد سلطته منه، وإنما يستمدها من اتفاق التحكيم المستقل عنه، والذي لم تثر بشأنه أية منازعة.[1] وعليه نتوصل إلى النتائج التالية :

1. أن بطلان شرط التحكيم، أو بطلان العقد الأصلي، ليس لأحدهما تأثير على الآخر. إذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم، في حالة بطلان العقد. وبالتالي

---

[1] / انظر د. فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) مرجع سابق – ص 207 –208
ود. محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) مرجع سابق ص 194 – 195

سواء تعلق إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكم وليس من قبل المحكمة. أما في حالة بطلان شرط التحكيم وكان العقد الأصلي صحيحا ، فيمكن في هذه الحالة للأطراف اللجوء إلى القضاء العادي في الدولة للفصل في هذا النزاع. إذ لا يمكن للمحكم الفصل فيه نظرا لبطلان الشرط الذي بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي يصبح التحكيم إجراء باطلا.

2. إن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، يعطي للمحكم سلطة الفصل في مسألة اختصاصه بحيث له أن يستمر في إجراءات التحكيم، وهو الذي يقرر في مدى كونه مختصا بنظر النزاع أو لا ، حتى وإذا كان قد تم الطعن في صحة العقد الأصلي أمام المحاكم، فإن النظر من قبل المحاكم في هذا الموضوع، لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم. [1]

3. ما ينتج عن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي،هو اختلاف القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، عن ذلك الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. وقد أكدت القرارات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية هذه النتيجة بكل وضوح، لا سيما في قرارها الصادر عام 1986. [2] والذي أجاز للأطراف أن يدرجوا ضمن اتفاق التحكيم ما ينص على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم مجتمعين. ونفس الشيء يمكن القول به فيما يتعلق بإجراءات التحكيم.

كما أكد هذا القرار، على وجوب مراعاة إرادة الأطراف، والعادات التي تتماشى مع متطلبات التجارة الدولية، لتقرير صحة اتفاق التحكيم. ووفقا لقواعد غرفة التجارة

---

[1] / هذا المبدأ نجده في الفقرة 3 من المادة 8 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية التي تعطي للمحكم سلطة اتخاذ القرار حول تقرير اختصاصه "prendre toute décisionsur sur sa propre compétence"
انظر د. فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) مرجع سابق ص 207 – 208

[2] / القرار الصادر في القضية رقم 4381 لعام 1986 وهو منشور في مجلة
Journal de Droit International 1986 pp1103 ets
انضر د/ فوزي محمد سامي ـ التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق - ص 209.

الدولية، للمحكم أن يقرر صحة اتفاق التحكيم بشكل منفصل عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي ، وهذا في حالة غياب الاتفاق على تطبيق قانون معين.

ونظرا إلى أن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أساسها استقلال موضوع العقد عن موضوع اتفاق التحكيم، أصبح هذا المبدأ حاليا من المبادئ المستقرة في القوانين الوطنية، والمعاهدات الدولية ولوائح التحكيم. حيث يعتبر الاتفاق على التحكيم بمثابة عقد ثاني ومن طبيعة مستقلة بالرغم من إندماجه في العقد الأصلي.

إلا أن مبدأ الاستقلالية هذا، كان موضوع جدل كبير في الفقه، بين المنادين به وبين المنادين بعدم جوازه. وما تجدر الإشارة إليه هو أنه عند تقرير إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وجب إخضاع هذا الأخير إلى نظام قانوني غير ذلك الذي يخضع له اتفاق التحكيم.

ونجد من بين المعاهدات واللوائح الدولية التي كرست هذا المبدأ، هناك إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ومعاهدة جنيف الموقعة في 1961، ومعاهدة واشنطن لعام 1965 التي أنشأت المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار، وكذلك لائحة لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL لسنة 1976 حيث نصت المادة 21 فقرة 2 منها على أن: "يكون لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الذي يشكل شرط التحكيم جزءا منه".

فهذه المادة تقضي بأن شرط التحكيم الذي ينص على اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع بشأن تنفيذ العقد، يعتبر جزءا من العقد. إلا أنه يعتبر اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ، كما أنه لو أقرت محكمة التحكيم ببطلان العقد، فإن هذا البطلان لا ينعكس على شرط التحكيم. [1] والملاحظ أن هذه اللائحة، تمنح المحكم سلطة الفصل في

---

[1] / ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 7 ماي 1963 في قضية GOSSET إلى رفض مبدأ تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي، وطبقت مبدأ الاستقلالية. وقد اتبعت محاكم الاستئناف الفرنسية هذا المبدأ في العديد من أحكامها. والحال نفسه بالنسبة للقضاء الإنجليزي والأمريكي والمصري.

- أنظر د.محمد عبد الفتاح ترك – التحكيم البحري – مرجع سابق ص 458 – 459
- ود. حفيظة السيد الحداد – الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ط 2001– ص 20 – 21

صحة العقد الأصلي وحده، دون مساس بشرط التحكيم معه. وبالتالي تمكين المحكم من الاستمرار في إجراءات التحكيم، حتى ولو ثبت بطلان العقد الأصلي.

ويعتبر القانون النموذجي الخاص بالتحكيم، أحد النماذج وضعته اللجنة الدولية التابعة للأمم المتحدة السالفة الذكر. حيث تمثل هذا النص و ، الاتجاه السائد في العالم فيما يتعلق بمسائل التحكيم. وفيما يخص مبدأ الاستقلالية الذي نحن بصدد الحديث عنه، نجد أن (المادة 16 الفقرة 1) من القانون المذكور تنص على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم الذي يشكل جزء من العقد، كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم" . والواضح أن هذا النص يشير صراحة إلى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

كما تضمنت الاتفاقية الأوربية لعام 1961 النص على هذا المبدأ في المادة 5 فقرة 3 منها على أن :"المحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزء منه".

و نجد أيضا هذا المبدأ منصوص عليه في المادة 8 من قواعد غرفة التجارة الدولية CCI، وذلك بقولها: "الادعاء ببطلان العقد الأصلي أو إنعدامه، لا ينفي إختصاص المحكم إذا ارتضى صحة اتفاق التحكيم، ويبقى مختصا حتى في حالة إنعدام أو بطلان العقد...". وبناء على ذلك يكون للمحكم سلطة النظر في اختصاصه تطبيقا لمبدأ استقلالية شرط التحكيم.[1] كما أخذ بهذا المبدأ أيضا معهد القانون الدولي في دورة Saint Jacque de Compostallé المنعقدة في 12 سبتمبر 1989، وذلك ضمن لائحة حول مسألة التحكيم بين الدول والمؤسسات التابعة لها، وبين الشركات الأجنبية. حيث نصت هذه اللائحة في مادتها 3.أ على أنه: "يكون إتفاق التحكيم مستقلا بالنسبة للعلاقات القانونية التي يرتبط بها". وهذا ما اصطلح عليه بمبدأ الفصل Séparabilité بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وكرسه القضاء الفرنسي. إلا أن هذا المبدأ لم يقنن في القانون الفرنسي لأن تقنين التحكيم الدولي كان عن طريق التنظيم، بينما موضوع إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يتعلق بالتشريع.

---

[1] / د. فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق ص 216 – 217.

كما أخذ بهذا المبدأ كذلك، نظام غرفة التجارة العربية – الأوروبية، وذلك بنص المادة 21 فقرة 4 منه و التي تقضي بأنه: "إذا نازع أحد الأطراف في صحة أو تطبيق بند التحكيم، فلا يحول ذلك دون تأليف محكمة تحكيم وفق أحكام هذا النظام، وتفصل محكمة التحكيم هذه، فور تأليفها، في صحة تعيينها وفي كل المسائل الأخرى المتعلقة باختصاصها".

أما إتفاقية نيويورك 1958، فلم تتعرض لمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بصفة مباشرة مثل ما كان عليه الحال مع الإتفاقيات واللوائح الأخرى، غير أن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء من إستنتاجه من خلال نص المادة 2 من الإتفاقية. [1] كما إعتبرت هذه الإتفاقية في المادة 5 منها على الإشارة إلى "إمكانية رفض الإعتراف بحكم المحكم،إذا أثبت الطرف المطلوب الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ضده، أن هذا الحكم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، أو وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم في حالة عدم وجود إشارة صريحة للقانون الأول".

فبناء على أن الطرف المطلوب تنفيذ حكم التحكيم ضده يمكنه أن يدفع بعدم صحة اتفاق التحكيم وفقا للقانون الواجب التطبيق عليه، يمكن أن نستنتج من خلال هذا النص بأنه يمكن لاتفاق التحكيم أن يخضع لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي. وبالتالي تكون معاهدة نيويورك قد قبلت ضمنيا بهذا المبدأ. [2]

---

[1] / تنص المادة 2 من إتفاقية نيويورك لعام 1958 على ما يلي: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم

- يقصد (باتفاق مكتوب) شرط التحكيم في عقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات.

- على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"

أشار د. فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق ص 218.

[2] / د. حفيظة السيد الحداد – الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم – مرجع سابق ص 26 – 27 .

أما الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 فلم تتضمن أية إشارة واضحة تأخذ بهذا المبدأ. كما أن هذه الاتفاقية لم تشر إلى عدم ارتباط التحكيم بالعقد الأصلي. غير أنها نصت في المادة 24 منها على سلطة المحكمين في النظر في اختصاصهم. واستنادا إلى منح هيئة التحكيم هذه السلطة، يمكن اعتبار ذلك مؤشرا على أنها تأخذ بمبدأ الاستقلالية هذا. ومن بين القوانين الوطنية التي كرست هذا المبدأ : هناك قانون التحكيم المصري الجديد لعام 1994 في مادته 23، وقانون المرافعات البلجيكي في المادة 1697 وقانون الإجراءات المدنية الهولندي لعام 1986 في مادته 1053، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 في مادته 187 فقرة 3، والقانون التونسي الصادر في 26 أفريل 1993.

وأما لإبراز مدى الاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بالنسبة للمشرع الجزائري فتجدر الإشارة إلى المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تنص على أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم بسبب أن العقد الأصلي قد يكون غير صحيح". حيث أقرت هذه الفقرة بأن كل واحد منهما، مستقل عن الآخر في موضوعه وفي إجراءاته. بحيث أن عدم صحة أي منهما لا تؤدي بالضرورة إلى عدم صحة الآخر. ومن هنا، يظهر بوضوح أن المشرع الجزائري، قد أخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. وبذلك يكون قد أخذ بالقانون السويسري لا سيما المادة 178فقرة 3، [1] والقضاء الفرنسي فيما يتعلق بهذه المسألة.

وكذلك من القوانين الوطنية التي أخذت بهذا المبدأ، هناك القانون الإسباني الجديد لعام 1988 في مادته 8. أما قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لعام 1983، فلقد تضمن الكتاب الأول من القسم الثاني، النص على التحكيم الداخلي في المادة 764 منه، [2] التي تتطابق مع نص المادة 1446 من قانون المرافعات الفرنسي. و مفاد ذلك هو أن مبدأ

---

1 / تنص المادة 178 فقرة 3 من القانون السويسري على أنه: "لا يمكن الطعن في صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي أو أن اتفاق التحكيم يتعلق بنزاع لم يحدث بعد"

(La validité d'une convention d'arbitrage ne peut être contesté pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né)

أنظر د. فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 212

2 / تنص المادة 764 من قانون أصول المرافعات اللبناني في عباراتها الأخيرة على أن :"البند التحكيمي الباطل يعتبر كأن لم يكن " واعتبار البند التحكيمي كأن لم يكن، يمكن أن يفهم منه أن العقد الأصلي يبقى صحيحا.

الاستقلالية مرفوض على مستوى التحكيم الداخلي، ومعترف به على مستوى التحكيم الدولي، مثل ما ذهب إليه القضاء الفرنسي.

أما في مصر، فنجد أن الفقه منقسم إلى قسمين. بينما يرفض الأول مبدأ الاستقلالية ويرى بأنه لا يمكن فصل شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وليس للمحكم صلاحية البت في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، يرى الفريق الثاني عكس ما ذهب إليه الفريق الأول.[1]

كما نص القانون المدني العراقي في المادة 139 منه على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا فهذا الشق هو وحده الذي يبطل. أما الباقي فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا". ولكي نبرز تطور القضاء الفرنسي بالنسبة لهذا المبدأ يجب أن نتعرف إلى القاعدتين اللتين كانتا مكرستين في القرارين الصادرين في 19 فبراير 1930 و 28 يناير 1931.[2]

1/ أن الشرط لا يكون باطلا، رغم عدم توافر الشروط التي تتطلبها المادة 1006 متى كان العقد مرتبطا بالتجارة الدولية وتضمن شرط التحكيم، لأن القاعدة التي أوردتها هذه المادة لا تعتبر من النظام العام. إذ استقر القضاء الفرنسي على اعتبار المادة 1006 من النظام العام الداخلي، في حين أنها لا تعتبر كذلك في مفهوم النظام العام الدولي. ومن ثم يكون شرط التحكيم باطلا بطلانا مطلقا في مجال العلاقات الوطنية البحتة، بينما يكون صحيحا في مجال المعاملات الدولية.

2/ التضييق في مجال تطبيق المادة 1006، وذلك بالتوسيع في مجال دولية العلاقة. حيث اعتبرت كذلك لمجرد اتصالها بمصالح التجارة الدولية، حتى ولو كان العقد الأصلي وطنيا من حيث أطرافه ومكان انعقاده وعناصره الأخرى. ولقد أنهت محكمة النقض الفرنسية ذلك الجدل الذي كان قائما حول جواز استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وتم الاعتراف بهذا المبدأ في مجال العلاقات الدولية وذلك في قضية

---

[1] / أنظر د.فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق ص 212 – 213

[2] / جاء في منطوق المحكمة بصدد هذين القرارين المذكورين ما يلي :

« Attendu que dés l'instant que ces conventions mettent ainsi en jeu des interêts du commerce international, la nullité de la clause compromissoire éditée par l'article 1006 du CPC n'était pas d'ordre public en France, les parties mêmes françaises l'une et l'autre, ont pu valablement dans un contrat conclu, soit à l'étranger, soit en France déroger aux dispositions de ce texte et se référer, pour régir leurs accords à une loi étrangère, telle que la loi anglaises admettant la validité d'une pareille clause ».

انظر –عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – مرجع سابق ص 36

GOSSET.[1] حيث أصدرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في 7 مايو 1963 حكما يقرر صراحة بهذا المبدأ[2] حيث رفضت المحكمة مبدأ تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي وطبقت مبدأ الاستقلالية واتبعت محاكم الاستئناف الفرنسية هذا المبدأ في العديد من أحكامها.

وأجمع الفقه على أن هذا الحكم ساهم في إبراز المفهوم الموحد الذي يجب إعطاؤه لعبارة اتفاق التحكيم، والذي يشمل شرط التحكيم ومشارطة التحكيم على حد سواء، بحيث يتمتع كل منهما بنفس القدر من الاستقلالية والأثر القانوني.

أما المشرع الجزائري، فنجده قد تبنى هذا التوجه من خلال (المادة 458 مكرر 1 فقرة 1) التي تنص على أنه : "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة". كما ساهم هذا الحكم كذلك في تقرير قاعدة عامة مفادها أن اتفاق التحكيم في المجال الدولي، يتمتع باستقلالية قانونية لا تتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي، ومن ثم إمكانية مواصلة إجراءات التحكيم وإصدار الحكم.

---

[1] / تتلخص وقائع القضية في أنه قد أثير النزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا بناء على شرط تحكيم ورد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي، حيث قضى الحكم بالتعويض للمصدر الإيطالي نظرا لإخلال المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم وذلك على أساس أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطل بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام الفرنسي نظرا لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالاستيراد. وتأسيسا على بطلان العقد الأصلي فإن الأمر يستتبع تقرير بطلان شرط التحكيم وإهدار حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه على أن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت هذا الدفع وأوردت في حكمها العبارة الشهيرة القائلة بأنه : « En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément ou conclu dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte »

أنظر عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – مرجع سابق – ص 37 – 38 و 195

- Charles jarrosson: Edition juris-classeur-1998 fascicule 2003 p6 و

[2] / جاء في هذا الحكم بأن: "اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي سواء كان قد تم بشكل منفصل أو في التصرف القانوني الذي يتعلق به يعتبر دائما إلا في ظروف استثنائية مستقلا تماما ولا يمكن أن يتأثر بعدم صحة التصرف القانوني المذكور"

وجاء في حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية أن "اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي يمثل استقلالا تاما"

« En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire présente une complète autonomie »

- د. فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق، ص 210 و 211

وأحمد أنعم بن ناجي الصلاحي – النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي – 1994 – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – ص 79 وما بعدها.

وتوالت بعد ذلك الأحكام القضائية والقرارات، لتؤكد كلها في هذا الاتجاه المؤيد لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. وأصبح بذلك هذا المبدأ من المبادئ المسلم بها على المستوى الدولي، حيث تأكد من خلال قضايا أخرى أتت بعد سنة 1963 [1]

ولقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ ولم يقل باستقلالية اتفاق التحكيم عن أي قانون، كما ذهب إلى ذلك القضاء الفرنسي، وذلك تسهيلا لمهمة المحكم وعدم إلزامه بالبحث عن قانون يحكم صحة اتفاق التحكيم كما يرى الأستاذ إسعد. وما يترتب على استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هو بقاء المحكم مختصا بنظر النزاع في حالة ما إذا بطل العقد الأصلي، وذلك لأجل أن يحدد حقوق الأطراف والفصل في ادعاءاتهم وطلباتهم. وفي حالة ما إذا كان اتفاق التحكيم معيبا فينظر فيه المحكم بصفة منفصلة عن العقد الأصلي ويقول بعدم صحته.

وبناء على ما سبق ذكره، يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أخذ بنفس ما وصل إليه الفقه والقضاء المعاصرين [2]

المبحث الثاني: طبيعة التحكيم التجاري الدولي

تبدو أهمية هذا الموضوع على وجه الخصوص فيما يتعلق بقرار التحكيم. La sentence فإذا اعتبرناه اتفاقا، حينئذ لا يكون واجب التنفيذ – في غياب وجود نص خاص – إلا إذا أرفقته المحكمة بناء على دعوة تقدم لها للحكم بتنفيذه.

وإذا اعتبرناه حكما كان قابلا للتنفيذ لذاته، ولا يحتاج إلا لمجرد طلب، يقدم إلى رئيس المحكمة أو قاضي التنفيذ، أو لأية جهة أخرى للأمر بوضع صيغة التنفيذ عليه، كما هناك اتجاه آخر يرى بأن للتحكيم طبيعة مزدوجة، أين تجتمع الطبيعة القضائية و التعاقدية معا.

---

[1] / قضية Impex جاء فيها بأنه: "يكون اتفاق التحكيم مستقلا قانونا في القانون الدولي الخاص الفرنسي"
و في قضية أخرى معروفة باسم Hecht ورد بأنه: "في مجال التحكيم الدولي، يتمتع اتفاق التحكيم باستقلالية تامة".
وهناك قضية أخرى تدعى Menicucci

[2] / أنظر عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – مرجع سابق ص 38 – 39.

وللحديث عن طبيعة التحكيم، يجب التطرق إلى النظريتان اللتان لا تزال تتنازعان فقه التحكيم حتى الوقت الحاضر و هما: النظرية التعاقدية والنظرية القضائية.

ولتوضيح ذلك يجب أن نلقي نظرة على تطور الفقه والقضاء في فرنسا. فما أثير في فرنسا من جدل ونقاش حول هذا الموضوع أثير في بلاد أخرى غيرها.[1]

ولتوضيح هذه المسألة أكثر، نرى أنه من المناسب طرح السؤال التالي:

هل تعتبر طبيعة التحكيم التجاري الدولي طبيعة تعاقدية استنادا إلى مبدأ حرية المتعاقدين في اللجوء إلى التحكيم و تلك الحرية التي يقوم عليها أساسا التحكيم التجاري الدولي.

أم هي طبيعة قضائية استنادا إلى ضرورة اللجوء إلى القضاء لأجل تنفيذ أحكام التحكيم

أم أنها طبيعة مختلطة من هاته وتلك، كما يرى بعض الفقهاء

المطلب الأول

الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية للتحكيم التجاري الدولي.

يرى أنصار النظرية التعاقدية في فرنسا ومصر، بأن الاتفاق أو إرادة أطراف النزاع هي الأساس في قيام العملية التحكيمية، سواء كان هذا الاتفاق ضمن بنود العقد الأصلي، أو في شكل مشارطة مستقلة عن العقد.

كما أن هذا الاتفاق هو مصدر قرارات التحكيم التي لا تجد قوتها التنفيذية إلا فيه.

كما أن حجية قرارات التحكيم فيما يقضي به في عدم الطعن فيها، أساسها أيضا توافق إرادة الأطراف كما عبروا عنها باللجوء إلى التحكيم.

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذه الطبيعة التعاقدية بشكل صريح في حكمها الصادر بتاريخ 27 يوليو 1937[2]. وبناء على أن أطراف النزاع بمقدورهم تحديد أنواع التحكيم الذي يحيلون عليه نزاعاتهم، حيث لهم أن يختاروا التحكيم المؤسساتي أو التحكيم

---

[1] / د. محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 18.

[2] / قالت المحكمة في تأكيد الصفة الاتفاقية أو التعاقدية :

« Les sentences arbitrales qui on pour base un compromis font corps avec lui et participent de son caractère conventionnel

انظر د. محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 21

وكمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 81

الخاصة ، وتعيين المحكمين، واختيار وقت ومكان إجراء التحكيم، وتحديد طريقة إجراءاته وتحديد القواعد أو القانون الواجب التطبيق على إجراءاته وعلى موضوع النزاع.

وبناء على ذلك تترتب على الأطراف التزامات قانونية أبرزها، التزامهم بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكم والخضوع له وتنفيذه.

فالمحكمون يمتلكون الاختصاص في نظر قضية معينة بناء على اتفاق أطراف النزاع، وليس على أحكام أو القواعد التي تفرضها السلطة القضائية في الدولة. وبناء على ذلك يحوز كل من حكم التحكيم واتفاق التحكيم على الطبيعة التعاقدية.[1]

وبناء على أن اتفاق الأطراف هو الأساس بالنسبة لقيام العملية التحكيمية طبقا لتصور هذا المفهوم التعاقدي للتحكيم التجاري الدولي، فإن القرار الصادر عن المحكم بشأن النزاع المحتكم فيه، ليس إلا انعكاسا لهذا الاتفاق، ومن ثم فلا بد أن يتخذ هو أيضا الصبغة التعاقدية.[2]

ولعل أول الأحكام التي واجهت هذا المسألة في القضاء الفرنسي هو حكم صدر عن محكمة النقض الفرنسية عام 1912 أين أيدت المحكمة الصفة التعاقدية للتحكيم برمته منذ إبرامه ووثيقة التحكيم إلى صدور القرار.[3]

و يرى أنصار الرأي القائل بتغليب الصفة القضائية على التحكيم التجاري الدولي بأن التعرف على طبيعة التحكيم، يكون بتغليب المهمة التي توكل للمحكم، والغرض من هذا النظام. حيث أن فكرة المنازعة وكيفية حلها، هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يجب أن يقوم به المحكم.

كما يرون بأن اعتبار نظام التحكيم "قضاء"، لأنه كان هو الأسبق من التعاقد، وكان هو الشكل البدائي لإقامة العدالة، حيث أنه سبق في الظهور عملية تنظيم الدولة للسلطة القضائية.

---

[1] / د. أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي – النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – ط1- 1994 ص 18.

[2] / أبو زيد رضوان ـ الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 24

[3] / محسن شفيق ـ التحكيم التجاري الدولي ـمرجع سابق، ص 18

ومن ثم فإن إنكار الطبيعة القضائية على التحكيم وقراراته يعني في الواقع إنكارا لجوهره الحقيقي.

ويرى أنصار هذا الرأي حول أساس الوظيفة التي يقوم بها المحكم، إذ أن الطبيعة القضائية للتحكيم هي التي تحضا الآن بالتأييد في أحكام القضاء الفرنسي والبلجيكي.[1]

كما أن التحكيم في الحقيقة يبدأ في أوله بعمل إرادي يتمثل في اختيار الخصوم للتحكيم كوسيلة لحسم نزاعاتهم. ولكنه في ذلك شأن الخصوم الذين يلجئون إلى قضاء الدولة بإرادتهم دائما، لنحسم النزاع وهو فض النزاع الذي يعتبر هو جوهر النظامين.[2]

ويرون كذلك، بأن التحكيم ليس إلا شكلا من أشكال ممارسة العدالة، التي هي وظيفة من وظائف الدولة. فإذا سمحت هذه الأخيرة لأطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم ووافقت على عدم تدخل محاكمها القضائية في هذا المجال، فهذا يعني أن التحكيم هو ممارسة وظيفة عامة قانونية، وبالتالي فإن حكم التحكيم ليس إلا حكما قضائيا.

المطلب الثاني:

الطبيعة المختلطة أو المزدوجة لتحكيم

يرى أنصار هذا الرأي أن التعرف على التحكيم التجاري الدولي يكون من خلال موقف " براغماتي ." حيث يرى دون هذه الطبيعة من خلال رصده للتأثيرات المزدوجة في هذا النظام أي فكرة العقد، و فكرة القضاء.

و إذا كان التحكيم هو نتيجة للتوتر المستمر بين مقتضيات احترام سلطان الإرادة و مقتضيات الأخذ بأحكام التنظيم القانوني للمجتمع، فإنه يبدو و كأنه نوع من الحلول التي تقيم التوازن بين هذين المتناقضين. ذلك أنه في هذا النظام تتمثل فكرة العقد التي هي تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية، و تتمثل فيه من ناحية أخرى فكرة القضاء. أي أن يكون اقتضاء الحق عن طريق الأخذ بحكم القانون و العدالة، وليس عن طريق

---

[1] / كمال إبراهيم ـ التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 81 و 82

[2] / د أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ـ المرجع السابق – ص 27

إعمال قانون القوي على الضعيف. ومن هنا يبدو التحكيم من طبيعة مزدوجة أو مختلطة.[1]

و يرى أنصار هذا النظرية كذلك بأن للتحكيم صفتين:

أولهما تعاقدية بالنظر إلى اختيار الخصوم للتحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم و عزوفهم عن التوجه إلى قضاء الدولة لذلك الغرض ، و اختيارهم كذلك للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و كذا على موضوع النزاع .

غير أن هذا الطبيعة التعاقدية للتحكيم، تتغير إلى طبيعة قضائية بفضل تدخل قضاء الدولة، عند لجوء الأطراف إليه لإضفاء القوة التنفيذية على قرار التحكيم. و يتحول بذلك التحكيم من عمل تعاقدي، إلى حكم قضائي بدءا من أمر التنفيذ.[2]

و لعل أولى مظاهر تبلور هذا النظرية يرجع إلى التقرير الذي قدمه الأستاذ جورج سوزار هال G/ sausser - hall في الجلسة الرابعة و الأربعين لمعهد القانون الدولي في أفريل 1952 أين تم طرح الأسس الرئيسية لهذا النظرية و اقترح هذا الفقيه طرقا جديدا لتسوية المسائل المتصلة بالتحكيم و تتمثل هذا المقترحات في ما يلي :

1 /المسائل المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي يجري تنظيمها سواء من طرف القانون الموضوعي أو المادي أو قانون الإجراءات. و ذلك بفضل الطبيعة القانونية للتحكيم كمسألة مختلطة.

2 / يحق للأطراف اختيار القانون الذي يطبق على اتفاقية التحكيم. و إذ يباشر الأطراف هذا الاختيار فإنهم يعترفون في نفس الوقت بأن مكان إجراء التحكيم سوف يكون على إقليم البلد الذي وقع اختيارهم على قانونه.

3 /لا يسري على شروط صحة اتفاق التحكيم وجوبا، مفعول القواعد القانونية التي تنظم العقد الرئيسي. و لهذا فإذا تناولنا مسألة صحة اتفاق التحكيم من وجهة نظر النظرية العقدية يكون من المسموح به إعمال القانون الأجنبي. أما وجهة نظر النظرية القضائية، فيستبعد أنصارها الإحالة إلى القانون الأجنبي. ولهذا يجب الفصل في جميع المسائل المتصلة باتفاق التحكيم بموجب قانون القاضي فقط.

---

[1] / د أبو زيد رضوان - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 131

[2] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 82

و هناك اتجاه مختلف لحل هذا المشكل، يقول به أنصار النظرية المختلطة. إذ يرون أنه لا بد أولا من تبيان العنصر الذي تحل تبعا له مسألة صحة اتفاق التحكيم و تحديد طبيعته. فإذا كان هذا العنصر من عناصر القانون الموضوعي، يجوز في هذه الحالة تطبيق القانون الأجنبي عند حل مسألة اتفاق التحكيم. أما في حالة ما إذا كان هذا العنصر هو من عناصر القانون الإجرائي، يكون حل هذه المسألة طبقا لقانون القاضي.

وبصفة عامة، فإن أنصار النظرية المختلطة يرون بأن التحكيم هو عملية معقدة ترجع في أصلها إلى العقد، وتكتسب أثرها الإجرائي على أساس قانون وطني محدد. ويعتبر التحكيم عندهم بمثابة مسألة ذات طبيعة متميزة تشترك من عناصر قانونية موضوعية و إجرائية.

و ما يمكن استخلاصه من هذه النظرية، هو أنه عند الفصل في المسائل المتعلقة بالتحكيم، يجب تطبيق أحكام القانون الموضوعي أو قانون الإجراءات المدنية. [1]

و يتمثل العيب المشترك بين النظريتين السابقتين، في أن كل منهما أرادت أن تجري التحكيم في مجموعه وصفا واحدا. بينما هو في الحقيقة نظام مختلط mixte يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم. و هذا التحليل هو الذي يقول به أغلب الفقه الحديث. وبدأت محكمة النقض الفرنسية تتأثر بهذا الاتجاه منذ حكمها الصادر في 27/يوليو/ 1937 . [2]

---

1 / د أحمد أنعم ناجي الصلاحي – النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 31-32

2 / د محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولي) مرجع سابق – ص 20

و د. محمد عبد المجيد إسماعيل – عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها – 2003، منشورات الحلبي الحقوقية ص 356.

المطلب الثالث: النظرية الذاتية في طبيعة التحكيم

لقد ظهرت هذه النظرية مؤخرا في الفقه، و يسعى أنصارها لكشف النقاب عن الطبيعة القانونية للتحكيم، منتقدين جميع الاتجاهات المذكورة سالفا. ويرون بأن التحكيم ما هو إلا نظاما تلقائية أو ذاتية، ولمعرفة طبيعته القانونية يجب الأخذ في الحسبان الهدف من التحكيم و ما يقدمه من منفعة يمكن أن تتمثل في ضمان عزوف الأطراف عن اللجوء إلى القضاء العادي، و الأخذ في الحسبان كذلك سرعة التحكيم في حل المنازعة، و ملائمة إجراءاته لطبيعة المنازعات. ويرون بأن الطبيعة القانونية الحقيقية للتحكيم تنحصر في كون التحكيم نظاما أصيل و متحرر من العناصر التعاقدية و القضائية. كما أنه يضمن السرعة في حل النزاعات و السرية التي يرجوها الأطراف.

ومرد ذلك، هو أن التشريع في الأصل، هو استجابة لمتطلبات التجارة. فتحسين إجراءات التحكيم إذا مستمد من التجارة الذرائعية لرجال الأعمال و ليس من القانون.

أما اتفاق التحكيم فلا يمكن اعتباره عقدا مدنيا إطلاقا، لأن العقد المدني مهما كان و حتى إن كان من نوع خاص ، لا يمكنه أن يرتب بحد ذاته آثارا إجرائية.

ومن ناحية أخرى، فإن اتفاق التحكيم لا يعتبر عقدا داخليا في مجال الإجراءات، طالما أن التحكيم يخرج عن نطاق سلطة قضاء الدولة.

بالإضافة إلى ما تقدم، يطالب أنصار هذه النظرية بضرورة مراعاة " لا وطنية التحكيم" و سلطان إرادة الأطراف، في اختيار القواعد الموضوعية و الإجرائية.

إلا أن هذه النظرية غير مقبولة، لأنها مبنية على أسس باطلة، فيما يتعلق بزعمهم بوجود مجتمع رجال أعمال خارج نطاق مابين الدول، يخضع لقانونه الخاص ، و هيئات خاصة للفصل في النزاعات التي تنشأ بين التجار الذين يشكلون في هذا المجتمع. [1]

و خلاصة القول أن أنصار هذه النظرية بتوجههم الرامي إلى عدم الاعتراف بالأنظمة القانونية الوطنية هم يتعارضون مع مبدأ سيادة الدولة، كما أنهم لا يعتدون إطلاقا بالواقع المعاصر.

---

[1] / د أحمد أنعم ناجي الصلاحي - النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 32 و ما بعدها

المبحث الثالث: هيئة التحكيم

يتأسس نظام التحكيم على مبدأ الرضائية الذي يخول أطراف النزاع المساهمة في تشكيل محكمة التحكيم. كما قد يعهد بتلك المهمة إلى هيئة تحكيم دائمة، وبذلك تخضع هذه المحكمة في تشكيلها و تنظيمها لقواعد و لوائح تلك الهيئة.

المطلب الأول: تعيين المحكمين

إن المحكم مثل القاضي، فلا يجوز له أن يحكم متأثرا بمعلوماته الشخصية، بل يجب عليه أن يفصل في النزاع، بناء على الوثائق و المستندات الموضوعة تحت تصرفه في القضية، ولا يقضي بمعلوماته الشخصية. و لذلك فلا يصح أن يتخذ دور المحكم دور المحامي، ولا دور المحكم الخصم. وهذان المظهران شائعان في دول العالم الثالث التي تأخذ بنظام التحكيم، يجب التخلص منها.

وقد يكون المحكم من رجال المال و الأعمال، الملمين بالظروف و الملابسات المعروفة في الأوساط التجارية. وغالبا ما يتم اختيار المحكم لمعرفته الفنية في التحكيم المهني، و خبرته بالسوق و شؤون التجارة الدولية، ومن ثم يعتبر حكمه بمثابة حكم المحكم الخبير. ولذلك غالبا ما يفضل الأطراف أن تكون هيئة التحكيم مشكلة من اثنين من الفنيين، و أحد رجال القانون كرئيس لها لتفادي الرجوع إلى طلب المساعدة من أهل الخبرة. و يمكن للمحكم أن يكون وسيطا للتوفيق إذا طلب منه ذلك.[1]

وتخضع عملية تشكيل هيئة التحكيم إلى مبدأين اثنين :

1- أن تكون إرادة الأطراف هي المرجع الأول في اختيار الهيئة،إذ يجب الالتزام بطريقة اختيار المحكمين التي تم الاتفاق عليها.

2- مراعاة المساواة بين طرفي النزاع في حق اختيار المحكمين لضمان حياد المحكم ومعاملته لطرفي النزاع على قدم المساواة.

[1] / د منير عبد المجيد – قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية - مرجع سابق – ص 123

و المحكم لا يحلف اليمين، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. كما لا يتمتع بضمانات القاضي بالرغم من اعتباره قاضيا، سواء كان محكما وفقا للقانون، أو للعدالة. كما لا يعتبر منكرا للعدالة في حالة امتناعه عن عمله كمحكم، وإن كان يلتزم بالتعويض إذا لم يكن امتناعه معذورا. وتحضر المادة 1455 من قانون المرافعات الفرنسي عن مراكز التحكيم الدائمة أن يكون المحكم شخصا معنويا،[1] كما لا يجوز للمحكم أن ينيب عنه شخصا آخر. و في هذا الإطار، نص قانون الإجراءات المدنية الجزائري في (المادة 458 مكرر2 الفقرة 1)، على إمكانية قيام الأطراف بتعيين المحكم أو المحكمين، قبل نشوب النزاع أو بعد ذلك. كما يمكنهم تحديد شروط تعيينهم أو شروط عزلهم أو استبدالهم، سواء من تلقاء أنفسهم أو بالرجوع إلى قواعد التحكيم حسب اتفاقهم.

و يمكن للأطراف في حالة التحكيم الذي يشتمل على ثلاثة محكمين، أن يعينوا المحكم الثالث ، أو يعهدوا بتلك المهمة إلى المحكمين المعينين، كما يمكنهم الرجوع في ذلك إلى نظام تحكيمي.

و معنى ذلك تدخل هيئة دائمة للتحكيم من أجل تعيين المحكمين أو المحكم الثالث وللأطراف حرية اختيار أية هيئة يقع عليها اتفاقهم.

و تجدر الإشارة إلى أن الجزائر لجأت في أغلب الأحيان إلى نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس.

أما (الفقرة 2) من المادة المذكورة، فقد افترضت غياب الوضع المذكور في (الفقرة 1) حيث رخصت لمن يهمه التعجيل في حالة غياب التعيين أو صعوبته أن يلجأ إلى :

1- رئيس المحكمة المختصة وفقا لنص (المادة 458 مكرر3)، إذا كان التحكيم متفق عليه أن يجري في الجزائر.

و المحكمة المختصة حسب نص هذه المادة الأخيرة، هي المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم، أو التي حددت الاتفاقية مقر محكمة التحكيم ضمن دائرة اختصاصها. ومعنى ذلك

---

[1] / د منير عبد المجيد ـ قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية - المرجع السابق – ص 115

وأنظر أيضا لنفس المؤلف : التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي– مرجع سابق ـ ص 133

و د محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق ص 225

أنه في حالة ما إذا تم اختيار هيئة تحكيم دائمة كغرفة التجارة الدولية، فإن تشكيل هيئة التحكيم يكون وفق الأحكام التي اجتمعت عليها إرادة الأطراف و قبلت بها مسبقا.
لأنه حسب نظام غرفة التجارة الدولية إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم الغرفة فإنهم يخضعون بالتالي لنظامها.

2- أما إذا كان التحكيم متفق عليه أن يجري خارج الجزائر، وقرر الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المدنية الجزائري، فإن على من يهمه التعجيل اللجوء إلى رئيس محكمة الجزائر لتقوم باستصدار أمر تعيين محكم أو أكثر، أو تحديد شروط تعيينهم.
وحددت المادة 458 مكرر(4) الفقرة 1 إجراءات تدخل المحكمة من أجل تشكيل محكمة التحكيم بنصها على أنه : " إذا دعي قاضي إلى تعيين محكم حسب الشروط المذكورة في المواد السابقة فإنه يستجيب لطلب التعيين بموجب أمر يصدر بناء على مجرد عريضة إلا إذا بينت دراسة موجزا، عدم وجود أية اتفاقية تحكيم بين الأطراف. [1]

كما يمكن لأطراف العقد اختيار محكميهم مسبقا، مع الاهتمام بتسمية من يحل محلهم في حالة العجز أو الوفاة. و تسمية المحكمين لا تجب إلا في حالة اختلاف الأطراف، و ذلك بواسطة الأعراف أو عن طريق جهة معينة في إطار التحكيم المؤسساتي، في حالة ما ينص شرط التحكيم على تشكيل محكمة تحكيم من ثلاثة محكمين، كأن تكون محكمة التحكيم تابعة لغرفة التجارة الدولية CCI.
بحيث هي التي تقوم بتسمية المحكمين، و كذلك المحكم الثالث إذ لم يتم الاتفاق عليه مسبقا من قبل الأطراف. [2]

تجدر الإشارة إلى أن بعض قوانين المرافعات الوطنية في بعض البلدان العربية تنص على إمكانية الطرف في النزاع أن يطلب من المحكمة المختصة تعيين المحكم إذا امتنع الطرف الآخر عن تعيينه.

---

[1] / عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – مرجع سابق – ص 40-42
و انظر أيضا: سائح سنقوقة – قانون الإجراءات المدنية (نص) و تعليقا وشرحا وتطبيقا) – مرجع سابق – ص 338-339

[2] / د محمد علي جواد – العقود الدولية (مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها) – دار الثقافة للنشر و التوزيع – عمان 1997 – ص 200-201

حيث جاء في (المادة 256 الفقرة 2) من قانون المرافعات المدنية العراقي بأنه: " إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على تعيين المحكمين، أو امتنع أحد المحكمين المتفق عليه أو أكثر عن التحكيم، و لم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم، فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع، بعريضة لتعيين المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم و سماع أقوالهم. و يعتبر قرار تعيين المحكمين قرار نهائي غير قابل لأي طعن.

كذلك الحال بالنسبة للقانون اللبناني حول المحاكمات المدنية في مادته 764 و المادة 1444 من قانون المرافعات الفرنسي، و المادة 262 من قانون المرافعات التونسي. [1]

و في نفس الإطار نصت (المادة 444 الفقرة 4) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، على أنه إذا لم يقم أطراف العقد بتعيين محكمين أو رفض أحدهم ذلك لأسباب خاصة به ، فإن رئيس الجهة القضائية – وهو رئيس المحكمة – الواقع في دائرة اختصاصها محل العقد، هو الذي يقوم بتعيين المحكمين ، و ذلك بمقتضى أمر على ذيل عريضة يقدمها له من يهمه الأمر. [2]

كما أن بعض القوانين، تشترط ذكر اسم المحكم أو المحكمين، في شرط التحكيم أو في المشارطة وإلا كان اتفاق التحكيم باطلا. وهذا ما نص عليه (المادة 502 الفقرة3) من القانون المصري والمادة 262 من قانون المرافعات التونسي السالفة الذكر، [3] و(المادة 444 الفقرة 1 و 3) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

و تشترط بعض التشريعات عند تعدد المحكمين أن يكون هذا الأخير وترا (أي 3 أو 5 محكمين). ومن هذه التشريعات نجد القانون المصري، والعراقي، واللبناني والسوري و السعودي.

[1] / د فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 141، 143

[2] / سائح سنقوقة – قانون الإجراءات المدنية – مرجع سابق – ص 327

[3] / د فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 141، 143

و السبب في تعدد المحكمين، مصادرة توزيع المسؤولية بينهم في حالة تعقد النزاع الذي يستدعي خبرات مختلفة، لا يمكن توفرها إلا بتعدد المحكمين، بالإضافة إلى الاقتصاد في الجهد و الوقت [1] و ذلك خلافا للقانون الفرنسي الذي لا يشترط أن يكون العدد وترا. [2]

و بناء على نص (المادة 10 فقرة 2) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فإن لأطراف العقد الحق في اختيار عدد المحكمين، أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على قيام محكم واحد بالتحكيم، فيتم تعيين ثلاثة محكمين، و المقصود بذلك أن يكون العدد وترا كما أسلفنا. وفي حالة الاتفاق على إسناد القضية إلى ثلاثة محكمين، يعين كل طرف محكما، ويختار المحكمان، محكما ثالثا يقوم برئاسة هيئة التحكيم.

و في حالة عدم تمكن المحكمان من اختيار المحكم الثالث خلال مدة 30 يوما تتولى ذلك هيئة التحكيم المختارة. وفي حالة فشل المحكم في أداء مهامه أو وفاته أو استقالته، يتم تعيين محكم آخر بنفس الطريقة التي عين بها سابقه.[3]

و لقد نصت (المادة 2 فقرة 6) من قواعد غرفة التجارة الدولية، على كيفية قيام محكمة التحكيم بتعيين المحكم الواحد أو رئيس هيئة التحكيم، وذلك بأن تلجأ محكمة التحكيم إلى إحدى اللجان الوطنية المنتشرة عبر العالم، و التابعة للغرفة، لاقتراح المحكم. علما بأن هناك حوالي 60 لجنة وطنية منتشرة في جميع أنحاء العالم – بما فيها الجزائر – بإمكانها ترشيح محكمين منها، و ذلك لأجل إيجاد الشخص الذي يستطيع القيام بهذه المهمة على أحسن وجه.

و تأخذ اللجنة الوطنية في الاعتبار عند اقتراحها الشخص ما لتعيينه محكما، عدد من الاعتبارات منها : طبيعة النزاع، و القانون الواجب التطبيق، و اللغة المستعملة في وثائق و مستندات القضية.

---

[1] / د فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 141، 143

[2] / عبد الحميد المنشاوي – التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية الإدارية مرجع سابق – ص 39

[3] / د منير عبد المجيد ـ التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي – مرجع سابق – ص 41-42

و في حالة عدم قبول المقترح الذي تقدمت بها اللجنة الوطنية، أو عدم وجود لجنة وطنية في بلد الطرف المذكور، تستطيع محكمة التحكيم أن تعين أي شخص تراه مناسبا للقيام بهذه المهمة مباشرة. و لأطراف النزاع حق الاعتراض على ذلك الشخص المعين.

و تجدر الإشارة إلى أن قواعد الغرفة قد نصت على عدم تعيين المحكم الوحيد أو الرئيس، من نفس جنسية الأطراف، ما لم تقتضي الظروف ذلك، ولم يعترض الأطراف خلال المدة التي حددتها المحكمة. [1]

فإذا وقع الاختيار على شخص لكي يكون محكما، يجب قبوله بتلك المهمة لكي يلتزم بالقيام بالتحكيم ، و يمكن أن يرد هذا القبول في عقد التحكيم نفسه أو في اتفاق مستقل بعد ذلك، ويجب أن يكون هذا القبول مكتوبا احتياطا. فإذا قبل ذلك الشخص القيام بالتحكيم ، فلا يمكنه العدول عن ذلك القبول فيما بعد، إلا بسبب مقنع يبرر ذلك العدول. وإن لم يوجد هذا السبب، يلزم بالتعويض إذا تسبب عدوله في ضرر لأي من الأطراف طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. ولا يلزم القانون على المحكم حلف اليمين قبل أداء مهمته. [2]

و تجدر الإشارة إلى أن محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية لا تفصل في النزاع بنفسها، و إنما تشرف على التحكيم و تراقب إجراءاته و تقوم بتعيين المحكمين طبقا لقواعدها و ذلك حسب نص المادة 2 من قواعد غرفة التجارة الدولية. [3]

كما تنص هذه القواعد أيضا على إمكانية تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين.

---

[1] / د فوزي محمد سامي ـ التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) مرجع سابق – ص 146- 148

[2] / عبد الحميد المنشاوي – التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية و الادارية، منشأة المعارف بالاسكندرية 1995 – ص 41،42

[3] / المادة 2 من قانون غرفة التجارة الدولية، النص الفرنسي : La cour ne tranche pas elle-même les différents elle a pour mission d'assurer l'application du règlement, elle établit son règlement intérieur.

و لهذا اعتمدنا استعمال مصطلح " هيئة التحكيم للدلالة على الهيئة المشرفة بنظر النزاع

و في حالة تشكيل الهيئة من محكم واحد، يتم تعيين هذا الأخير من طرف محكمة التحكيم التابعة للغرفة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. و في حالة تشكيل الهيئة من ثلاثة محكمين، يعين كل طرف من طرفي النزاع محكما، و يتم تعيين المحكم الثالث الذي يترأس الهيئة باتفاق الطرفين أو من قبل المحكمة. وفي غياب اتفاق طرفي النزاع حول عدد المحكمين، تقوم المحكمة بتعيين محكم واحد ، إلا إذا كانت طبيعة النزاع تستدعي تعيين ثلاثة محكمين. غير أن غرفة التجارة الدولية بخلاف بعض هيئات التحكيم الأخرى لا تشترط في المحكمين أن يكونوا مقيدين في قائمة محضرا مسبقا لهذا الغرض [1] .

و في حالة التحكيم الحر Arbitrage ad- hoc على طرفي النزاع اختيار محكم واحدا أو أكثر.

و غالبا ما يتولى كل طرف تعيين محكم واحد. ومن ثم يتولى المحكمان المختاران تعيين المحكم الثالث الذي يدعى "بالمحكم الرئيس" أو "المرجح" أو "الفيصل" حسب المصطلحات المستعملة في مختلف الأنظمة العربية.

ففي هذا النوع من التحكيم، على طرفي النزاع أن يشيرا في اتفاق التحكيم إلى كيفية معالجة ما قد يحدث من إشكالات بخصوص تعيين المحكمين، عند امتناع أحد الأطراف مثلا عن تسمية المحكم أو اختلاف المحكمان المختاران في تعيين المحكم الثالث.

---

[1] / En vertu du règlement de la chambre de commerce internationale, le tribunal arbitral peut être composé d'une ou de plusieurs membres. Lorsque le différend doit être tranché par un arbitre unique, ce dernier est nommé par la cour, sauf convention contraire des parties. si trois arbitres sont prévus, chacune des parties en désigne un ; le troisième qui présidera le tribunal, est ensuite nommé soit d'un commun accord par les parties ou les coarbitres, soit par la cour faute d'accord entre les parties, sur le nombre d'arbitres, la cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la nomination de trois arbitres.
Lorsqu'elle est appelée à nommer des arbitres, la CCI peut s'appuyer sur des comités nationaux réparties dans une soixantaine de pays, grâce à eux elle est en mesure de rechercher dans le monde entier les arbitres les plus qualifiés
pour chaque affaire. La cour - contrairement à d'autre - n'exige pas que les arbitres soient sélectionnés à partir d'une liste préétablie, ce qui permet de constituer tribunal en toute liberté.

-Publication CCI n°800 p 6 – 7

في مثل هذه الحالة، يستحسن أن يكون طرفي النزاع قد اتفقا على ما يجب فعله كالاتفاق على تسمية جهة معينة أو شخص يتولى هذه المهمة. و يطلق على هذه الجهة أو الشخص مصطلح "سلطة التعيين".

و في هذا الإطار تنص المادة 6 من قواعد لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة " UNCITRAL " على الخطوات الواجب إتباعها لأجل اختيار المحكم في التحكيم الخاص .[1]

و فيما يخص الآجال القانونية لتعيين المحكمين، فإنها تختلف في العقود الدولية و هي تتراوح ما بين 15 يوما و 60 يوما من تاريخ الإخطار الكتابي الذي يوجهه أحد الطرفين للطرف الآخر و يتضمن هذا الإخطار، موضوع النزاع و دعوة هذا الطرف الأخير إلى عرض النزاع على التحكيم و تسمية المحكم.

فإذا كان الأصل أن يقوم كل طرف بتعيين محكما خلال المدة المحددة، فقد تضمنت معظم العقود تقاعس أحد الطرفين أو كلاهما عن ذلك، فأجازت لسلطة أخرى قد تكون وطنية [2] أو أجنبية تعيين أعضاء التحكيم. و قد يكون تعيين هيئة التحكيم من قبل سلطات الدولة المضيفة بمقتضى بعض العقود الدولية. و يمكن أن يتم ذلك من قبل سلطات أجنبية، و ذلك تفاديا لعدم مساهمة أي طرف من طرفي النزاع – وخاصة من يتوقع إدانته – في تشكيل هيئة التحكيم. وفي مثل هذه الحالة تعهد كثير من العقود بمهمة تعيين أعضاء التحكيم إلى سلطة أجنبية، كأن تكون محكمة دولة أجنبية كما أسلفنا منذ قليل.

---

[1] / انظر د. فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة – مرجع سابق ص 138 وما بعدها

[2] / نصت المادة 35 الفقرة (3) من اتفاقية المقاولة التي أبرمتها الشركة الوطنية العراقية مع شركة إيراب الفرنسية عام 1968 على أنه " ... تطلب الشركة العراقية من رئيس محكمة التمييز العراقية أو عند غيابه من الحاكم الأعلى رتبة في المحكمة أن يعين الحكم الآخر ..."

[3] / أحمد عبد الحميد عشوش – التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار – مرجع سابق – ص 62، 65

المطلب الثاني: تعيين المحكم الثالث أو الفيصل

إنه من الواجب التمييز بين مصطلح "المحكم الثالث" و مصطلح "الفيصل"، لأن هناك تفرقة قانونية دقيقة بين هذين المصطلحين.

ففي حالة ما إذا نص العقد على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بشأن ما قد يثور بين أطرافه من نزاعات، وتكون هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، يقوم كل طرف باختيار محكم واحد ويتفق المحكمان المعينان على اختيار محكم ثالث. لأنه عند فشل المحكمين في الاتفاق على قرار التحكيم الذي يحسم النزاع، يؤخذ في هذه الحالة برأي الأغلبية التي يشكلها المحكم الثالث.

وقد يعهد اتفاق التحكيم للمحكم الثالث بصلاحيات استثنائية، مثل تكليفه بإصدار قرار التحكيم في حالة عدم اتفاق المحكمين الآخرين في الرأي. ففي هذه الأحوال يجد مصطلح "الفيصل" مكانته القانونية. كما يظهر الفرق بين المصطلحين، من خلال كون سلطات ومهام الحكم الثالث تختلف تماما عن أي من سلطات ومهام المحكمين الآخرين. ويبقى دوره مقتصرا على التصرف بالاشتراك معهم، ما لم يضع اتفاق التحكيم على عاتقه أي سلطات خاصة، حتى وإن قضى بتعيينه رئيسا لمحكمة التحكيم. غير أن المحكم الفيصل، له الحق في حالة عدم اتفاق المحكمين حول قرار التحكيم، أن يقضي في النزاع بمفرده.

والملاحظ أن واجبات وسلطات الحكم الفيصل، لا تظهر إلا عند فشل المحكمين الآخرين في إصدار قرار تحكيمي، نتيجة عدم اتفاقهم. فيحل محلهما ويصدر القرار بمفرده.[1] وعلى الحكم الفيصل أن يتابع مجريات وإجراءات القضية مع المحكمين الآخرين، ويجلس معهم حتى يتمكن من الاطلاع الواسع على القضية، والإلمام بحيثياتها للحلول محلهما في حالة عدم اتفاقهما على قرار التحكيم.

---

[1] / نصت المادة 31 من الاتفاقية المبرمة سنة 1933 بين العربية السعودية وشركة أمريكية على:.... ويعتبر حكم المحكمين في القضية باتا، أما إذا لم يتفقا بينهما في الرأي فيعتبر حكم الفيصل في القضية نهائيا....."

- وكذلك المادة 45 من اتفاقية العربية السعودية وشركة GETTY عام 1949 نصت على:"......ويقوم المحكمان بالاتفاق على تعيين حكم فيصل يكون قرارا نافذا في حالة عدم اتفاق المحكمان...."

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فنجده يميز بين الحكم الصادر عن الغير Tiers – Arbitre فهذا المحكم لا يعتبر حكما ثالثا، و لا يشترك مع المحكمين الآخرين في إصدار القرار التحكيمي بالأغلبية. كما لا يعتبر حكما فيصلا يقضي منفردا عنهما في حالة اختلافهما، وإنما تكمن مهمته بالحكم المرجح، لأنه يقوم بالترجيح بين آراء المحكمين المتعارضة، فيختار الأول أو الثاني منها، أي أنه يفصل بين المحكمين و ليس بين طرفي النزاع.

و لذلك فإن عملية تعيين الحكم الثالث أو الفيصل، تكتسي أهمية بالغة بالنسبة لقرار التحكيم. لأنه في حالة اختلاف وجهات النظر بين المحكمين، فإن الرأي الذي يؤيده الحكم الثالث هو الذي يرجح لا محالة. كذلك و في نفس السياق، فإن الحكم الفيصل قد يقضي بمفرده في النزاع. وبناء على هذه الأهمية، تقضي معظم العقود الدولية بأن يتم تعيين الحكم الثالث أو الفيصل باتفاق المحكمان المعينان من قبل الأطراف. [1] و في حالة غياب هذا الاتفاق، تنتهي سلطة الأطراف في تعيينه، كأن يعهد بذلك إلى سلطات الدولة المضيفة، أو سلطة أجنبية كما كان الأمر بالنسبة لتعيين المحكمين كما أسلفنا.

المطلب الثالث: عزل أو رد المحكمين

في الحقيقة أن طلب الرد يعتبر دفعا ببطلان تشكيل هيئة التحكيم حينما تثار حولها شكوك موضوعية حول حياد واستقلالية المحكمين.

ولقد أوجبت المادة 12 فقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، على المحكم حينما تعرض عليه مهمة التحكيم، أن يصرح بكل ما من شأنه أن يثير شكوكا حول حيادته واستقلاليته. وعليه أن يلتزم بذلك منذ تعيينه، وطول مدة إجراءات التحكيم، وأن يطلع طرفي النزاع بوجود أية ظروف من هذا القبيل.

[1] / د. أحمد عبد الحميد عشوش – التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار – مرجع سابق ص 68 و ما بعدها

كما نصت المادة 13 فقرة 2 من هذا القانون، على جواز رد المحكم إذا تبين أنه لا يملك المؤهلات اتفق عليها الأطراف، أو ليس لديه من الخبرة ما يؤهله للفصل في النزاع المطروح على التحكيم. [1]

وبالمقابل فإنه طبقا للقانون المصري رقم 68 لسنة 1994 لا سيما المادتين 18 و 221 منه، فإنه لا يجوز رد المحكم، إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا حول حيادته أو استقلاليته. ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا بسبب موضوعي تبينه بعد أن تم هذا التعيين، ولم يكن لأي من الطرفين علم به. أما إذا كان سبب الرد قائما قبل الاتفاق على تعيين المحكم، وكان الخصم على علم بذلك السبب، فإنه باختياره لهذا الشخص لأن يكون محكما قد تنازل ضمنيا عن طلب الرد. [2]

وقد أجازت المادة 13 فقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم، الاتفاق على طريقة رد المحكمين مسبقا. وفي حالة غياب هذا الاتفاق، حددت الفقرة 2 من المادة السالفة الذكر مدة 15 يوما يتم خلالها طلب الرد، ابتداء من تاريخ علم الخصم بتعيين المحكم.

إلا أن ما يعاب على هذه الفقرة، هو أنها أسندت مهمة الفصل في طلب الرد إلى هيئة التحكيم. إذ أنه من الواجب أن تنظر في هذه القضية هيئة أخرى، مثل سلطة التعيين أو هيئة محايدة أخرى مثل ما كان موجودا في قواعد الأمم المتحدة لعام 1976. لأنه من غير اللائق أن تفصل هيئة التحكيم في طلب رد أحد أعضائها، و خاصة إذا كانت هذه الهيئة مشكلة من محكم واحد، حيث يستحيل أن ينظر هذا المحكم في طلب رد نفسه، ولا يصح أن يعهد إليه في مسألة تتعلق بحيادته واستقلاليته هو شخصيا.

والعيب الآخر هو جواز مواصلة إجراءات التحكيم، وإصدار حكم التحكيم بالموازاة مع إجراءات النظر في طلب الرد. والإشكال هنا يتمثل في مصير قرار التحكيم، الذي صدر قبل صدور الحكم برد المحكم الذي كان قد شارك في هذا القرار، وخاصة إذا كان هذا القرار التحكيمي الصادر في النزاع ضد مصلحة طالب الرد. [3]

---

[1] / د. منير عبد المجيد – قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية – مرجع سابق ص 119 – 120

[2] / عبد الحميد المنشاوي – التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية مرجع سابق ص 42 .

[3] / د. منير عبد المجيد- قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية – مرجع سابق ص 120

ولهذا كان من المشروع وفقا لإجراءات التحكيم، بمجرد تلقي طلب رد أحد المحكمين حتى يتم الفصل فيه. و ذلك باللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة المختص وإعادة تشكيل هيئة التحكيم لاستمرار في إجراءات التحكيم. إذ أن رد المحكم أثناء إجراءات التحكيم وقبل صدور قرار التحكيم لا يبطل حكم التحكيم. أما بعد إتمام إجراءات التحكيم بصفة عادية، وصدور حكم التحكيم فلا يجوز تقديم طلب الرد. لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بحكم التحكيم في حد ذاته، وليس بالمحكم. إذ يمكن للخصم أن يحتج على الحكم برفض تنفيذه، استنادا إلى عيب في تشكيل هيئة التحكيم، وذلك لعدم صلاحية أحد أعضائها الذي شارك في التحكيم وإصدار الحكم.[1]

وتنص المادة 13 فقرة 3 من القانون النموذجي، على أنه في حالة رفض طلب الرد، يكون للطرف الذي تقدم به أن يطعن في قرار الرفض، خلال مدة ثلاثون يوما من تاريخ إعلامه بقرار رفض طلبه. ويكون الطعن أمام المحكمة أو السلطة التي تحددها الدولة، ويكون قرارها الصادر ردا على الطعن نهائي وغير قابل للطعن.

وفي كل الأحوال، لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضي جميع الأطراف. وهذه القاعدة تتماشى مع إرادة الأطراف، التي يقوم أساسا عليها التحكيم التجاري الدولي.[2]
ولقد نصت المادة 458 مكرر2 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أن عزل واستبدال المحكمين يخضع لنفس شروط التعيين. أما الرد فلقد نصت الفقرة 5 من المادة السالفة الذكر على أنه: "يمكن رد المحكم :
(أ) - عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
(ب) - عندما يكون سبب الرد المنصوص عليه في نظام التحكيم الذي اعتمدته الأطراف قائما.

[1] / استنادا لهذا المبدأ، قضت المحكمة الأمريكية العليا ببطلان حكم تحكيم كان قد أصدره محكم ثبت أنه كان يعمل مهندسا وأعطى استشارة هندسية قبل التحكيم لأحد الأطراف مقابل أتعاب
أنظر منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي – مرجع سابق ص 139
[2] / أنظر د منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، المرجع السابق ص 122.

(ب) ـ عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بوجود علاقات اقتصادية أو مصالح مباشرة، أو بواسطة شخص مع طرف من الأطراف.

- لا يجوز للطرف الذي عين المحكم أو ساهم في تعيينه أن يرده، إلا بسبب يكون قد اطلع عليه بعد هذا التعيين. ويتعين إعلام محكمة التحكيم والطرف الآخر حالا بسبب الرد.

- وفي حالة النزاع، وما لم تتضمن الأطراف بتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي المختص وفقا للمادة 458 مكرر 2 بأمر بناء على طلب من الطرف المعني بالتعجيل ولا يقبل هذا الأمر أي طريق من طرق الطعن".

يلاحظ من خلال نص هذه المادة بأن المشرع الجزائري قد ذهب إلى ما ذهبت إليه قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بشأن هذا الموضوع، ونظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، وكذلك القانون السويسري والقانون المصري، وذلك عندما حدد في المادة 458 مكرر 5 ثلاثة شروط لرد المحكم وتتمثل في :

1/ أن يكون المحكم غير مؤهل.

2/ أن يكون سبب الرد واردا في نظام التحكيم المتفق عليه من قبل الأطراف.

3/ استقلالية المحكم التي يجب أن تتمثل في انتفاء أية علاقة اقتصادية أو مصلحة مع أي طرف من الأطراف.[1] ولا يجوز لأحد الأطراف رد حكما كان قد عينه أو شارك في تعيينه، إلا بناء على أسباب لم يتبينها إلا بعد هذا التعيين.[2]

كما أوجبت هذه المادة على طالب الرد، أن يطلع محكمة التحكيم والطرف الآخر حالا بسبب الرد الذي يكون الفصل فيه بأمر من القاضي غير قابل للطعن. حيث أوكلت مهمة النظر في طلب الرد إلى القاضي في غياب اتفاق الأطراف بهذا الشأن. وحسنا فعل المشرع الجزائري بخلاف ما جاءت به المادة 13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، التي تعهد بتلك المهمة إلى هيئة التحكيم كما بينا ذلك من قبل.

---

[1] / يتفق هذا المبدأ مع نص المادتين 18 و 221 من القانون المصري رقم 68 لعام 1994

[2] / انظر المادة 2 فقرة 8 و 9 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية

فاللجوء إلى القاضي يكون في حالة التحكيم الخاص، أما إذا كان هناك اتفاق تحكيمي ينص على حسم النزاع عن طريق هيئة تحكيمية، يكون القاضي غير مختص في هذه الحالة. ويتم حسم النزاع عن طريق هيئة تحكيمية حسب اتفاق الأطراف.

المطلب الرابع: السلطة التقديرية للمحكم الدولي وحدودها

قد يلجأ المحكم الدولي في الكثير من الأحيان لحل نزاع ما، إلى استعمال قواعد مستمدة من عادات وأعراف التجارة الدولية، التي تعتبر مستقلة تماما عن القوانين الوطنية.

وتكون بذلك هذه العادات والأعراف بمثابة قانون القاضي، بالنسبة للمحكم الدولي الذي يستطيع بذلك تجنب الوقوع في إشكالية تنازع القوانين وتعقيداتها.

غير أنه يجد نفسه في إشكال يتمثل في البحث عن مصادر ومضامين تلك العادات والأعراف، التي يرى بعض الفقهاء بأنها تمثل قانون جديد للشعوب، أو قانون غير وطني يسمو على الدول. وتتعدد مصادر هذه العادات والأعراف بتعدد مجالات التجارة الدولية.[1]

ولعل من أهم مصادر عادات وأعراف التجارة الدولية هي:

1. الشروط العامة للعقود النموذجية Contrats types حيث أنها غير مرتبطة في شروطها العامة بقانون دولة أو دول معينة، بل أن أطراف هذه العقود يهدفون من ورائها إلى التخلص من الخضوع للقوانين الوطنية.
2. الشروط العامة لبعض العقود التي صاغتها بعض اللجان المتخصصة التابعة للأمم المتحدة، مثل اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة.

ولقد تضمنت هذه الشروط العامة نصوصا تخضع بمقتضاها المنازعات فيها لنظام التحكيم وفقا لهيئة غرفة التجارة الدولية.

ولعل أبرز مثال على ذلك، هو الشروط العامة التي تحكم توريد البضائع الموقعة سنة 1958 بين دول الكوميكون.

---

[1] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق ص 152

3- القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية المعروفة باسم incoterms الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس و الموضوعة في فيينا عام 1953 و التي تعتبر أحد الروافد الأساسية لعادات و أعراف التجارة الدولية.[1]

و يمتاز المحكم الدولي عن القاضي الوطني بحكم أن هذا الأخير مقيد باتباع القواعد القانونية التابعة لدولته التي يصدر أحكامه باسمها.

أما المحكم الدولي فليس له قانون اختصاص ، ولا يصدر قراره باسم أية دولة، ولا يخضع لأية سيادة دولية. و بالتالي فهو يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في بحثه عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف في اختيار ذلك القانون.[2] حيث يقع على عاتقه تبيان القواعد أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع المطروح عليه و ذلك من خلال اعتماد قواعد تنازع القوانين.

ولقد أكدت هذه الحرية للمحكم الدولي، الكثير من قرارات التحكيم الدولي، و بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ، ومنها الاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي جنيف 1961 في مادتها 7 الفقرة (1) التي تقضي بأنه في حالة غياب إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإنه: " يجب على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة للحالة المعروضة ".

و كذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية " أنتر – أمريكان " في مادتها 3، و اللائحة الجديدة لغرفة التجارة الدولية الصادرة في 1975 في (مادتها 13 الفقرة 3)، و لائحة التحكيم الخاصة باللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة (جانفي 1966) في مادتها 38، و لائحة التحكيم التجاري الدولي الخاصة باللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول آسيا و الشرق الأقصى CEAEO في (مادتها 7 الفقرة 4) و غيرها من الاتفاقيات.

---

[1] / د. أبو زيد رضوان –الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 170 و ما بعدها

[2] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 145.

و ما Ǚ T II فيǊ أن هذا الǤلطǦ التقديريǦ التي يتمتع بها المحكǶ الدولي في Tǖن تعيين القانون الذي يحكǶ موضوǝ النزاǝ، تتمǮل في اPتيار pواعد التنازǝ الǨكǾر مǘئمǦ لطبيعǦ المنازعǦ من بين النǜǶ القانونيǦ المPتلǦǨ. و بناC على ذلII pد تتعدد و تPتلǦ اتجاهات المحكمين و الǨقǊ بTكل عاǵ في هذا الTدد، لتقديǵ الحلول الǘنǤǢ في حالǦ غياǢ اPǘتيار الTريǴ للPTوǵ أو الضمني لقانون وطني يحكǶ النزاǝ.

و بالتالي تكون هذا الǤلطǦ التقديريǦ للمحكǶ، هي ǤلطǦ ترجيǴ ǖحد القوانين الوطنيǦ على اPǘر.

و في معرǑ الكǘǵ على الǤلطǦ التقديريǦ للمحكǶ الدولي، ǛهرتǛ بعǑ اǗتجاهات في الǨقǊ و في pرارات التحكيǶ التجاري الدولي و هي:

أ ـ ذلII اǗتجاǽ الذي يرǎ بǖنǊ في حالǦ غياǢ اPتيار الPTوǵ لقانون وطني لحكǶ موضوǝ النزاǝ Tراحǥ أو ضمنا، يمكن للمحكǶ الدولي أن يلجǖ إلى حكǶ pواعد تنازǝ القوانين في الدولǦ التي يحمل جنǤيتها، أو التي يقيǶ فيها إpامǦ دائمǦ بدعوǎ أن المحكǶ هو أكǾر الناǑ إلماما بقوانين دولتǊ.

كما أن اPتيار اǖطراǥ لهذا المحكǶ أو ذلII يوحي على نيتهǶ في تطبيق pواعد تنازǝ القوانين الPاTǦ بالنǜǶ القانوني لدولǦ المحكǶ المPتار.

Ǣ ـ اǗتجاǽ الذي يقضي بǚمكانيǦ تطبيق المحكǶ الدولي لقواعد تنازǝ القوانين الPاTǦ بدولǦ الجنǤيǦ المTتركǦ، أو الموطن المTترII ǖطراǥ النزاǝ. إǗ أن هذا اǗتجاǽ يTعǢ تحقيقǊ ǖن أطراǥ المنازعǦ Ǘ يكون لهǶ في الǢالǢ جنǤيǦ واحدا أو موطن واحد.

Ш ـ و اǗتجاǽ الǾالǦ يرǎ بǖن القانون الذي يتǶ اPتيارǽ لحكǶ إجراCات النزاǝ ǤواC Tراحǥ أو ضمنا، هو القانون نǤǊǨ الذي يجǢ أن يحكǶ موضوǝ النزاǝ، و العكǑ TحيǴ. [1]

[1] / د أبو زيد رضوان – اǖǤǑ العامǦ في التحكيǶ التجاري الدولي – مرجع ǤابǠ – f 151، 155

الفصل الثالث: القانون الواجب التطبيق

وسوف نتعرض في هذا الفصل لفكرة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات، وفي هذا المضمار نتعرض إلى إرادة الأطراف في تحديد ذلك القانون ومجالات تطبيق قانون مقر التحكيم، كما نتعرض كذلك إلى القانون الواجب التطبيق أمام الهيئات الدائمة للتحكيم، ثم بعد ذلك نتناول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ونتعرض إلى قانون الإرادة الصريحة وبعد ذلك إلى قانون الإرادة الضمنية أو المفترضة ثم إلى قضية مدى ملائمة التحكيم التجاري الدولي لحل النزاع. وعلى ضوء ما تقدم يتعين تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

المبحث الثالث : مدى ملائمة التحكيم لحل النزاع.

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع

هناك آراء فقهية متعددة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع. فمن هذه الآراء ما ذهب إلى اعتماد قانون الإرادة كقانون واجب التطبيق، و منها ما ذهب إلى اعتماد قانون مقر التحكيم.و فيما يلي نتعرض لهذين الرأيين بالتفصيل، ثم إلى القانون الواجب التطبيق أمام الهيئات الدائمة للتحكيم.

المطلب الأول : قانون الإرادة

ننقل عن أحد الفقهاء قوله بأن: " التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقا محضا و لا قضاء محضا، وإنما هو نظام يمر عبر مراحل متعددة، يلبس في كل منها لباسا خاصا، ويتخذ طابعا مختلفا.

فهو في أولى اتفاق، وفي وسط إجراء، و في آخر حكم. و ينبغي مراعاة الاختلاف هذا الدور عند تعيين القانون الواجب التطبيق.

فبإمكان المحكمين تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في حل المنازعة، ولا يهم في ذلك المصدر المستقاة منه، شريطة عدم تعارض تلك الإجراءات مع اختيار الأطراف و إرادتهم، ومراعاة مبدأ حقوق الدفاع و ضمان التقاضي، و مراعاة مبادئ النظام العام و الآداب العامة، عند تشكيل محكمة التحكيم. و يعتبر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بمثابة قانون إجرائي مستقل يضمن تحكيما بعيدا عن القوانين الوطنية في الدول المختلفة، تلك القوانين القابلة للتعديل أو الإلغاء و عدم الاستقرار، مما يعوق إجراءات التحكيم في التجارة الدولية.

و لقد اعتنق هذا القانون كل من المركز الدولي للتحكيم بالقاهرة، ومحكمة التحكيم الدولية بلندن و تستمد قواعد هذا القانون قوتها من مبدأ سلطان الإرادة، أو بعبارة أخرى الخضوع الاختياري لها من جانب الأطراف. ويعتبر اللجوء إلى مراكز التحكيم التي تطبق قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري، بمثابة قبول ضمني من الأطراف لهذه القواعد، [1] كما جاءت دون تعديل ولا تكملة من طرفهم. وفي هذا الإطار تنص المادة 8 فقرة 1 من نظام غرفة التجارة الدولية بأنه:"إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنهم يخضعون لهذا النظام".

كما حكمت كذلك محكمة استئناف باريس على أنه:" بالنسبة لشروط التحكيم الذي يمنح الاختصاص لغرفة التجارة الدولية، فإن نظام هذه الهيئة هو بالضرورة الساري وقت إجراء التحكيم ". ويجوز للأطراف تحديد الإجراءات الواجب إتباعها دون الإشارة إلى قانون دولة معينة.

كما يحق لهم كذلك الاتفاق على الإجراءات بعد تعيين المحكمين.

---

[1] / د. منير عبد المجيد – التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي – مرجع سابق – ص 144 وما بعدها

- وقضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ط سنة 1995 دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ص 126 وما بعدها.

- و انظر أيضا ، لنفس المؤلف: الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم ـ منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 2000 ، ص 181

و تختلف القواعد القانونية الواجبة التطبيق على إجراءات سير المنازعة، باختلاف كون هذا التحكيم هو من تحكيم الحالات الخاصة AD – HOC أو تحكيما تتولاه هيئات أو مراكز تحكيم دائمة، أي أن يكون التحكيم تحكيما حرا أو تحكيما نظاميا، كما يمكن للأطراف أيضا تعديل أو تغيير الإجراءات الواجبة إتباعها في التحكيم الحر، بما يجعلها أكثر ملائمة و مرونة، كما يمكنهم الاتفاق عليها بعد تعيين المحكمين.

و يعتبر أطراف المنازعة في تحكيم الحالات الخاصة، بمثابة المشرعين لنظام تحكيمهم. وتجدر الإشارة إلى أن قواعد القانون النموذجي، - سالف الذكر - تتميز بالمرونة، حيث تترك للأطراف حرية واسعة في اختيار المحكمين، و تحديد مكان التحكيم أينما كان. وبوجه عام، تعتبر حرية الأطراف في تحديد الإجراءات، هي أساس كل المعاهدات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.

و إذا كانت هناك علاقة بين المحكمة المختارة، و النزاع المطروح عليها في إطار الاختصاص القضائي الدولي، فلا وجود لهذه العلاقة بين النزاع المطروح على التحكيم و مكان انعقاد التحكيم فيما يتعلق باختيار الإجراءات الواجبة إتباعها. لأن المحكم لا يخضع للروابط التي تربط القاضي بدولته. [1]

و من ناحية أخرى، فإن مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم النزاع غالبا ما يفقد مفعوله عندما تكون المنازعة المطروحة على التحكيم، خاضعة لشروط أحد العقود النموذجية الدولية، التي تتخذ قانون وطني أو قواعد عرفية، أو قواعد ذات طابع مهني لتحكم المنازعات، أو أن تخضع المنازعات التي تتعلق بهذه العقود للقواعد التي تحددها لوائح هيئات و مراكز التحكيم الدائمة، وهذه صعوبة أولى. وهناك كذلك صعوبة أخرى، تتمثل في عدم اختيار الأطراف للقانون أي قانون، لكي ما يطبق بينهم من نزاعات. ففي هذه الحالة يكون من الضروري على المحكمين، البحث عن القانون المناسب موضوعيا لحكم المنازعة. [2]

---

[1] / د منير عبد المجيد – التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي - منشأة المعارف الإسكندرية – 1997 ص 146

[2] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق – ص 128-129

و في هذا الإطار نجد اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية على تطبيق قانون الدولة المضيفة، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين و ترك الحرية للمحكمة في اختيار قواعد القانون الدولي القابل للتطبيق. [1]

و بالنسبة للمشرع الجزائري فيرى بأنه بإمكان أطراف النزاع، تحديد القواعد أو القانون الذي يحكم الإجراءات في اتفاق التحكيم نفسه. أي أن هذا الأخير، هو الذي يحدد الإجراءات الواجب إتباعها.

أما في حالة ما إذا لم يفصل الأطراف في ذلك، فالمحكم هو الذي يحدد تلك الإجراءات، إما بالرجوع إلى قانون وطني، أو نظام تحكيمي، أو إرادته المنفردة. ولم تطرح قضية مكان التحكيم. أي أن المشرع الجزائري، لم يشترط تطبيق قواعد الإجراءات الجزائية، عندما يجري التحكيم في الجزائر. لأنه عندما يجري التحكيم في الجزائر و يخضع لغير القواعد الجزائية، فهذا لا يعتبر إخلالا بالنظام العام الإجرائي، إلا إذا كان هناك مساس بمبدأ المساواة بين الأطراف. وذلك بناء على نص المادة 458 مكرر6 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، التي تنص على أنه:

" يمكن لاتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم إتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرا، أو بناء على نظام تحكيمي.

- كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف فيها.

- و إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، ولم يحصل اتفاق بين الطرفين، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراء مباشرا أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي كلما تطلبت الحاجة ذلك. " [2]

هذا الإجراء الذي يكتفي باعتماد المادة 1494 الفقرة (1) حرفيا من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، يعتبر تكريسا لمبدأ لطالما تبنته الأنظمة الدولية، و المتمثل في ترك الحرية المطلقة للأطراف في تعيين القانون الإجرائي الذي يخضع له حل المنازعة في التحكيم التجاري الدولي. [3] و من خلال استقراء واقع التحكيم التجاري

---

[1] / د أحمد عبد الحميد عشوش – التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة) مؤسسة شباب الجامعة – الإسكندرية 1990 – ص 134

[2] / أ- الغوثي بن ملحة – قانون الإجراءات المدنية(نصا و تعليقا و شرحا و تطبيقا) مرجع سابق – ص 341

[3] / N – TERKI – L'arbitrage Commercial International En Algérie – OPU – P49

الدولي، يتضح بذلك في حالة التحكيم الحر، يدور الخلاف حول الأفضلية في التطبيق، بين قانون الإرادة، أو قانون محل التحكيم، ومدى تخليه أي من هذين القانونين.

و يرى فريق من الفقهاء، بأن الأفضلية يجب أن تعطى للقانون الذي يختاره الأطراف، ليحكم إجراءات سير المنازعة المطروحة على التحكيم. و ذلك بناء على أن التحكيم – في رأيهم – يبدو كقضاء اتفاقي، يعتمد في الأساس على اتفاق الأطراف. بينما يرى فريق آخر، أن جوهر المشكلة لا يكمن في السعي وراء إرادة الأطراف، بقدر ما يكمن في اختيار القانون الأنسب موضوعيا ليحكم تلك الإجراءات. [1]

المطلب الثاني: قانون مقر التحكيم

فإذا كان التحكيم الدولي يخضع في أحكامه الإجرائية لقانون الإرادة، أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، أو لنظام غرفة التجارة الدولية، فإنه يتعين الرجوع إلى النظام القانوني السائد في دولة مقر التحكيم، في حالة عدم كفاية القواعد الإجرائية المطبقة أو نقصها أو سكوتها، إنما هذا الرجوع يأتي في المرتبة الثانية وبصفة تكميلية. إذ يجب الرجوع للقواعد الآمرة في الدولة التي يتم التحكيم على إقليمها، للتأكد من عدم مخالفة القواعد السارية في تلك الدولة، وخاصة ما يتعلق بكفالة حقوق الدفاع.

وتنص المادة 1494 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، على أن يتم تنظيم الإجراءات من قبل اتفاق التحكيم، ويتولى المحكم تلك المهمة في حالة سكوت الاتفاق. إنما تكون الأولوية لاتفاق الأطراف، ويأتي دور المحكم في تحديد القواعد الإجرائية في المرتبة الثانية، وبصفة تكميلية.

وفيما يخص القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، تنص المادة 11 من نظام غرفة التجارة الدولية على أن : "القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام، وعند سكوتها عن معالجة أمر معين، فيجب تطبيق القواعد

[1] / د أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 95

التي يحددها الأطراف. وعند انتفاء تحديد الأطراف، يتولى المحكم تحديدها، وإذا أحال في شأنها إلى قانون إجرائي وطني أو لم يحل إليه". [1]

ويستحسن أن تكون الدولة المختارة مكانا للتحكيم، مرتبطة بمعاهدة دولية مع الدولة التي يطلب تنفيذ حكم التحكيم فيها.

كما يرى هذا الفريق ـ السالف الذكر ـ أن أنسب القوانين في هذا الخصوص ، هو قانون محل التحكيم. Loi du siège D'arbitrage و يذهب أحد أنصار هذا الرأي في الفقه الحديث ، وهو الأستاذ G-sousser Hall إلى أنه إذا كان التحكيم من طبيعة تعاقدية و قضائية أي مختلطة Mixte – فإن قانون مكان التحكيم هو الذي يجب أن يسري على التحكيم ككل. أي من حيث إجراءات التحكيم و موضوع النزاع.

و تغلب نظرية Sausser Hall في هذا الشأن، الطبيعة القضائية للتحكيم. إذ يرى أن هذه الطبيعة القضائية تحد من الاستقلال المطلق لإرادة الخصوم، في اختيار قانون أو قواعد إجراءات سير المنازعة، و ترجح سريان قانون مكان التحكيم، وفقا لما يسميه هذا الفقيه بنظرية المقررات.

و يرى أنه إذا وقع اختيار أطراف النزاع على قانونا وطنيا ليحكم النزاع، يجرهم ذلك بالضرورة إلى اختيار دولة هذا القانون مكانا لإجراء التحكيم. و بالتالي سريان قانون هذه الدولة على إجراءات التحكيم، حتى يكون هذا التحكيم بمجمله خاضعا لقانون واحد. [2]

أما إذا انصب اختيار الأطراف على مكان التحكيم وحده، فإن ذلك يعني وجود اختصاص لقانون دولة مكان التحكيم لإجراءات سير المنازعة. وبناء على هذه النظرية صدرت عن معهد القانون الدولي قواعد موحدة، تم التصديق عليها في اجتماعات أمستردام سنة 1957، و نيوشاتل بسويسرا عام 1909، و المعروفة الآن باسم قواعد " نيوشاتل " .

و في الواقع أن انتهاء أي من هذين المعيارين – قانون الإرادة أو قانون محل التحكيم – ليطبق على إجراءات سير المنازعة بصفة مطلقة، يبدو في الغالب من الأمور

---

1 / د منير عبد المجيد – الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي – منشأة المعارف الإسكندرية 2000 ص 184 وما بعدها.

2 / د أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 96

المتحيزة. بحيث أن تطبيق إرادة الأطراف كثيرا ما يصطدم ببعض العقبات، ومنها عدم وضوح هذا الاختيار أو غيابه أصلا. الأمر الذي يستدعي البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، و إتباع ما يسمى بنظرية المؤشرات التي يقول بها G-sousser Hall.

كما أن القانون المختار قد لا يستوعب أحيانا كافة المسائل الإجرائية التي تثيرها المنازعة، مما يستوجب على المحكمين البحث عن قانون آخر لتكملة هذا النقص. و غالبا ما يتوجهون في ذلك إلى قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، أو أية قواعد أخرى.

أما بخصوص تطبيق قانون مقر التحكيم ليحكم إجراءات سير المنازعة، فهو بمقدوره تأمين صحة الإجراءات، كما من شأنه تسهيل مهمة المحكمين، فيما يتعلق بإمكانية طلب المساعدة من السلطات القضائية المختصة في دولة التحكيم، مثل شهادة الشهود والإجراءات المؤقتة أو التحفظية. [1]

إلا أنه يمكن التساؤل دائما حول تحديد معنى " قانون محل التحكيم. " فهل هو قانون الدولة التي تنعقد فيها هيئة التحكيم لأول مرة، أو هو قانون الدولة التي يصدر فيها قرار التحكيم ؟ [2]

و يبدو من واقع تحكيم الحالات الخاصة، أن قانون محل التحكيم يلعب دورا احتياطيا أو مساعدا إلى جانب قانون الإرادة، بمعنى اختيار القانون الذي يحكم إجراءات سير المنازعة. فالأفضلية إذا هي للقانون الذي يختاره طرفي النزاع، ولا مجال لقانون محل التحكيم في حالة ما إذا كان هذا الاختيار واضحا و صريحا.

و قد يقع هذا الاختيار الصريح على قانون دولة مكان التحكيم، ويتم تطبيقه في هذه الحالة بناء على إرادة الأطراف. أما في حالة غياب هذا الاختيار الصريح، فيكون اللجوء إلى تطبيق قانون دولة مكان التحكيم أمرا يفرضه الواقع. وذلك إما بالنظر لتفسير للإرادة الضمنية المبني على اختيارهم لمكان التحكيم، أو هيئة أو مركزا دائما للتحكيم، أو أن

---

[1]/ Charles jarrosson: édition juris-classeur-1998 fascicule 2003 p 10

[2] / أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ـ مرجع سابق – ص 97 و 98 .

يكون هذا القانون هو الأنسب موضوعيا، باعتباره قانونا محايدا، أو أن يكون هو قانون دولة المحكم الذي سيكون أكثر إلماما به من غيره.

ويبدو أن هذا التدرج في الأفضلية بين قانون الإرادة، و قانون محل التحكيم بشأن القواعد التي تحكم سير المنازعة، هو الذي استقر عليه القضاء الدولي. لا سيما القضاء الفرنسي، الإيطالي، السويسري، و قرارات التحكيم التجاري الدولي، وأقرته صراحة البروتوكولات و المعاهدات الخاصة بهذا التحكيم مثل بروتوكول جنيف الخاص بشروط التحكيم بتاريخ 24 سبتمبر 1923، واتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية و الاتفاقية الموحدة الموقعة في جنيف في 21 أفريل 1961.[1]

ومن خلال ما تقدم ذكره، تتضح الإجابة على السؤال السابق، بأن المقصود من مصطلح " محل التحكيم "، هو المكان الذي انعقدت به هيئة التحكيم، وجرت به إجراءات التحكيم، بغض النظر عن مكان صدور القرار التحكيمي.

ونجد بأن القضاء الفرنسي اعتبر اختيار مقر التحكيم دليلا على اختيار قانون ذلك المقر، ليحكم إجراءات التحكيم، وذلك هو الأمر الذي استندت إليه هيئة التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1973، في النزاع الذي ثار بين الحكومة الليبية و الشركة البترولية الإنجليزية، إذ قضت بتطبيق القانون الدانمركي على إجراءات التحكيم، باعتبار أن مقر انعقاد هيئة التحكيم كان في الدانمرك.

كما ترك القضاء الفرنسي الباب مفتوحا أمام الخصوم في اختيار أكثر من قانون واحد ليطبق على الإجراءات.[2]

أما قانون مقر صدور القرار التحكيمي، فلا يمكن الكلام عن تطبيقه، إلا في حالة الشك أو صعوبة تحديد مقر التحكيم، بسبب تعدد جلسات المرافعة و الاستماع حيث تتم هذه الإجراءات في أماكن مختلفة.

---

[1] / أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ـ مرجع سابق – ص 99 و ما بعدها

[2] / د. منير عبد المجيد – الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي – مرجع سابق ص 184 وما بعدها

و قد يكون مركز التحكيم وطنيا، و توجب لائحته خضوع الأجراءات لقانون مقرها.
ومن بين القوانين التي تقضي بخضوع إجراءات التحكيم إلى قانون البلد الذي يجري التحكيم على إقليمه نجد القانون الهولندي لسنة 1986.

كما اعتنق نفس المنهج، القانون الفيدرالي السويسري الجديد بشأن القانون الدولي الخاص بتاريخ 18 ديسمبر 1987.

ومن الممكن أن يتم اختيار مكان التحكيم، في دولة ترتبط بمعاهدة مع الدولة التي يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره.

واتجهت معاهدة نيويورك في مادتها 5 التي تعتبر جزءا من التشريع المصري إلى إلزامية الرجوع في شأن الإجراءات إلى قانون الإرادة. وعند تخلف هذه الإرادة، يتم تركيز الإجراءات في دولة المقر، ويحكمها قانون هذه الدولة.
و الالتزام بهذا المبدأ يفيد بأن اتفاقية نيويورك قد أكدت في إسنادها الاحتياطي، الطابع القضائي للتحكيم. [1] وفي حالة تعدد جلسات الاستماع وتعذر معه تحديد المقر، فيعتد بقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.
وقد يكون النزاع مطروح أمام مركز تحكيم وطني، تنص لوائحه على خضوع الإجراءات لقانون بلد ذلك المركز، أي قانون مقرها.

وهناك من القوانين الداخلية التي تقضي بخضوع إجراءات التحكيم، إلى قانون البلد الذي يجري التحكيم على إقليمه. وذلك مثل القانون الفيدرالي السويسري، [2] والقانون الهولندي لسنة 1986 الذي ينص على تطبيق قواعد إجراءاته، على كل تحكيم يجري على إقليمه سواء كان تحكيما دوليا أو داخليا.

وتكمن أهمية مكان التحكيم، فيما يخص تحديد القانون أو القواعد الواجبة التطبيق على مسائل الإجراءات، في أنه غالبا ما يتفق الأطراف على مكان إجراء التحكيم ويضمنون اتفاقهم مسألة المكان. وفي حالة عدم اتفاقهم على ذلك، تقوم هيئة التحكيم

---

1 / د منير عبد المجيد – التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي – مرجع سابق – ص 147، 148

2 / القانون الفيدرالي السويسري الجديد بشأن القانون الدولي الخاص ، الصادر في 18 ديسمبر 1987 وضع نصوصا خاصة بالتحكيم الدولي تطبق عليه إذا كان مقر التحكيم كائنا في سويسرا .
أنظر ـ د. منير عبد المجيد – الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي – مرجع سابق ص 186.

بتحديد مكان التحكيم. وهذا ما نصت عليه المادة 12 من لائحة غرفة التجارة الدولية، كما تنص أيضا المادة 20 من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه:

" للهيئة أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا لمعاينة البضائع و الأموال، أو سماع الشهود و الخبراء، أو فحص المستندات. ويجب إخطار الطرفين بوقت كافي قبل ميعاد المعاينة، أو الفحص للحضور، ما لم يتفق الطرفين على غير ذلك."

و يكتسي مكان التحكيم أهمية تتمثل في أنه، غالبا ما يتحدد على ضوئه القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل التحكيم، و مكان إجراء التحكيم الذي يصدر فيه الحكم يبين ما إذا كان قد تحقق فيه وصف الأجنبية التي تجعله خاضعا في إجراءات تنفيذه لمعاهدة نيويورك. [1]

و عندما تكون القواعد الإجرائية المطبقة غير كافية أو مشوبة بشيء من القصور يتعين الرجوع في هذه الحالة إلى النظام القانوني المطبق في دولة مقر التحكيم. إلا أن هذا لا يكون إلا بصورة احتياطية أو تكميلية. كما اعتبر القضاء الفرنسي أن اختيار البلد الذي يجري به التحكيم، دليل على اختيار قانون هذا البلد ليحكم إجراءات التحكيم. [2]

وتتزايد أهمية مكان التحكيم، إذا تعلق الأمر بتحكيم يخضع لاتفاقية نيويورك، حيث تكون مخالفة قانون مكان التحكيم مبررا لرفض تنفيذ حكم التحكيم، سواء كان موضوع المخالفة متعلق بتشكيل هيئة التحكيم، أو إجراءات التحكيم، وذلك في غياب اتفاق الأطراف على تبني قانون آخر. [3]

---

[1] / د منير عبد المجيد - التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي – مرجع سابق ص 149

[2] / د. منير عبد المجيد – قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية – مرجع سابق ص 129، 130

[3] / معوض عبد التواب – المستحدث في التحكيم التجاري الدولي – دار الفكر الجامعي سنة 1997 ص 214.
و انظر أيضا ـ كمال إبراهيم - التحكيم التجاري الدولي –مرجع سابق – ص 134

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق أمام الهيئات الدائمة للتحكيم

إذا كان يمكن وصف التحكيم في الحالات الخاصة على أنه تحكيم تعاقدي، contractuel يكون من الطبيعي وصف التحكيم الهيئات الدائمة بأنه تحكيم قضائي. juridictionnel و يتم وصف التحكيم أمام الهيئات الدائمة للتحكيم، بأنه تحكيم منظم، تجري فيه أحكامه اللائحية على إجراءات التقاضي أمام هيئات أو محاكم التحكيم. وسواء كانت تلك الهيئات ناشئة عن اتفاقية دولية أو جماعية، أو كانت هذه الهيئات هي مراكز دائمة ذات طابع دولي، أو نوعي أو وطني. [1]

ويتضمن اختيار أطراف المنازعة، أو لجوئهم جبرا لقضاء هذه الهيئات، ضرورة الإذعان للقواعد الإجرائية المقررة في لائحة التحكيم. وسواء تلك التي تتضمن كيفية تشكيل محكمة أو هيئة التحكيم واختيار المحكمين،و المواعيد المقررة في ذلك أو تلك التي تتعلق بإجراءات سير المنازعة.

و كذلك القواعد التي تتعلق بتقديم الأدلة، و أحيانا، اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، وكيفية صدور القرار في المنازعة و شروطه. [2] أي أن هذا التحكيم أصبح يتمتع بقانون مستقل للإجراءات ، وما على أطراف الخصومة سوى اختيار مكان التحكيم.[3]

يعتبر التحكيم إجباريا لدى غرفة التجارة الدولية طبقا لإجراءاتها، بشأن العقود الدولية ذات الشكل النموذجي، مثل عقود المنشآت الصناعية، و التوريدات الدولية، وعقود التجميع.

و كذلك الأمر بالنسبة للعقود التي تبرم وفقا للشروط العامة الصادرة عن اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة (جنيف مارس 1953 المادة 13)، التي تقضي بضرورة خضوع المنازعات التي تثور بشأنها وفقا لقواعد و لائحة محكمة التحكيم، لغرفة التجارة الدولية.

---

[1] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي ـ مصدر سابق - ص 134

[2] / د أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - مرجع سابق – ص 105

[3] / كمال إبراهيم – التحكيم التجاري الدولي ـ مصدر سابق – ص 135

وكذلك العقود التي تبرم وفقا للشروط العامة للكوميكون 1968، إذ تخضع المنازعات فيها بالضرورة إلى محكمة التحكيم في دولة المدعى عليه، ووفقا لإجراءاتها. [1]

كما يكون التحكيم إجباريا كذلك، تطبيقا لنص الاتفاقيات و المعاهدات الدولية متعددة الأطراف. مثل التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ الاتفاقيات الدولية الخاصة بنقل البضائع بالسكك الحديدية الموقعة في برن بسويسرا في 25 فيفري 1961، و التي أصبحت سارية المفعول منذ 1 جانفي 1965 CIM CONVENTION.

و كذلك الاتفاقية الدولية الخاصة بنقل الركاب و أمتعتهم عن طريق السكك الحديدية الموقعة في نفس التاريخ C I V convention. [2]

وكذلك الأمر بالنسبة للمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات الذي أنشأته اتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965 و النافذة منذ تاريخ 14 أكتوبر 1966 و الخاصة بتسوية المنازعات بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول الأخرى، و المعروفة باسم BIRD.و قد انضمت إلى هذه الاتفاقية بعض الدول العربية مثل مصر، المغرب موريتانيا، الصومال السودان و تونس.

وكذلك التحكيم الذي يجري وفقا للائحة التحكيم التجاري الدولي، الخاصة باللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول آسيا و الشرق الأقصى، و المعروفة باسم CEAEO الموقعة في بانكوك عاصمة تايلندا في أفريل 1966. حيث يجري هذا التحكيم أمام مركز تحكيم هذه اللجنة، ووفقا للائحته. وذلك في منازعات التجارة الدولية في المنطقة المذكورة أعلاه، والتي تتعلق بالمنازعات الناشئة عن العقود المتعلقة بالخدمات الصناعية، و المالية والتقنية، و كافة المسائل المرتبطة بها بين رعايا هذه المناطق، أو المقيمين فيها، أو في مناطق أخرى، بشرط أن يكون أحد أطراف الخصومة بالضرورة من رعايا إحدى دول هذه المناطق أو مقيما فيها. [3]

كما هناك بعض العقود النموذجية، التي تنص على حل الخلافات التعاقدية عن طريق التحكيم، كما بينا ذلك في حالة التحكيم الإجباري. و ذلك مثل ما نصت عليه العقود

---

[1] / د أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - مصدر سابق – ص 106

[2] / كمال إبراهيم - التحكيم التجاري الدولي - مرجع سابق - ص 135

[3] / د أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - مصدر سابق - ص 107

النموذجية التي أعدتها اللجنة الاستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية عام 1980، لبعض البيوع الدولية، مثل البيع FOB و البيع CIF. و ذلك وفقا لقواعد التحكيم، التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. [1]

وكذلك الأمر بالنسبة لمعاهدة موسكو الموقعة في 26 مايو 1972، و التي أصبحت سارية المفعول في 13 أوت 1973، و الخاصة بالتحكيم في المنازعات المتعلقة بالقانون المدني، و العلاقات التعاقدية الأخرى، الناجمة عن التعاون الاقتصادي و العلمي و التقني بين الهيئات و المؤسسات الاقتصادية للدول الأطراف. وتنص المادة 2 من هذه المعاهدة على خضوع تلك المنازعات بصفة إلزامية، إلى محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الخارجية لدولة المدعي عليه، ووفقا للائحتها. حيث لا تعتبر هذه المحاكم تابعة لأية دولة طرف، وإنما هي هيئات مستقلة عنها تماما.

كما تجدر الإشارة كذلك في هذا المقام، إلي اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية، و بين مواطني الدول العربية الأخرى، الموقعة في 10 يوليو 1974، و التي أقامت محكمة تحكيم لحل النزاعات التي تنشأ بين هذه الدول والمتعلقة بميدان الاستثمار متى وافق أطراف المنازعة على عرضها على التحكيم

على ضوء القواعد الإجرائية المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، أو وفقا لأية قواعد أخرى يقرها مجلس الوحدة الاقتصادية.

و أخيرا معاهدة بان أمريكان ـ Inter Américain ـ للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في بنما في 30يناير 1975 و التي أصبحت سارية المفعول منذ 1 يناير 1977 و المعروفة باسم: "OAS convention" .

و على أية حال، فلقد انتشرت محاكم أو مراكز دائمة للتحكيم في مختلف أنحاء العالم، و لها لوائحها الخاصة التي يتم إجراء التحكيم على ضوئها، كلما لجأ إليها الخصوم بشأن أية منازعة تنشأ بينهما في إطار التجارة الدولية.

و البعض من هذه الهيئات، أو المراكز الدائمة هي ذات طابع دولي مختص ، نذكر منها:

---

[1] / د فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) جزء 5 دار الثقافة للنشر و التوزيع – الأردن سنة 1997 - ص 173

"المكتب الدولي للتحصيل، bureau international de la récupération وهو موجود منذ 1948 و مقرا في باريس . كما هناك كذلك غرفة تحكيم الحبوب و المحاصيل الزراعية بلندن وغرفة الليودز LYODS للتحكيم البحري في لندن، و غرفة تحكيم البن بأنفرس ببلجيكا ، وغرفة تحكيم القطن في بولندا التي أنشئت سنة 1961 ، و غرفة تحكيم الصوف ...وغيرها [1]

كما توجد أيضا مراكز وهيئات دائمة للتحكيم التجاري الدولي، إلا أنها غير متخصصة كالتي سبق ذكرها، وإنما هي مفتوحة للنظر في النزاعات التي تعرض عليها و الناشئة في مختلف ميادين التجارة الدولية. ونذكر على الخصوص من بين أهم هذه الهيئات: محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس.

بالإضافة إلى ذلك، هناك مراكز وهيئات للتحكيم ذات طابع إقليمي (régional) و منها على سبيل المثال:

- اللجنة الإسكندنافية للتحكيم في تجارة الجلود و تضم: (السويد، النرويج، الدنمرك و فنلندا).

- محكمة التحكيم الأوربية للفصل في المنازعات التي تثور بشأن العقود، التي تبرم بين التجار من رعايا الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة.

- المحكمة الدولية للتحكيم في التجارة البحرية و النهرية، بين بعض الدول الاشتراكية وهي هولندا تشيكوسلوفاكيا، و ألمانيا الديمقراطية سابقا و مقرها بجدينيا Gdynia ببولندا.

و أخيرا الهيئة القضائية لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول OPEC، التي وافق على إنشائها مؤتمر وزراء النفط العرب، المنعقد في البحرين في 14 ديسمبر1977. كما انتشرت مراكز وهيئات التحكيم الدائمة في الكثير من الدول، حيث يجري نظر المنازعة أمامها ووفق لوائحها.

و إن اتخذت هذه الهيئات صبغة وطنية، إلا أن ذلك مجرد توطين جغرافي بتلك الدول. لأن نشاط الكثير منها، يقتصر على النظر في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية سواء فيما بين رعايا هذه الدول و الأجانب، أو فيما بين الأجانب من جنسيات مختلفة

[1] / د أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مصدر سابق - ص 107 وما بعدها.

متى رغبوا في اللجوء إلى تحكيم هذه الهيئات. و نذكر من أهم هذه المؤسسات التحكيمية ذات الطابع الجغرافي:

غرفة تحكيم باريس، غرفة تحكيم ستوكهولم، محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة بلندن و المعروفة باسم " محكمة تحكيم لندن "، محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة في هامبورغ معهد التحكيم الهولندي، هيئة التحكيم الأمريكية بنيويورك، وأخيرا، غرفة التحكيم لدى غرفة التجارة بزيوريخ بسويسرا.

و تشير غالبية لوائح هذه الهيئات، إلى قاعدة أساسية مفادها إخضاع إجراءات سير المنازعة إلى القواعد المستمدة من نصوصها. وفي حالة سكوت أو عدم كفاية هذه النصوص لبعض جوانب الإجراءات، فإن سد هذا النقص يكون من مهام المحكمين.

أما بخصوص اللغة المستعملة في الإجراءات، فالبعض من لوائح التحكيم تجيز للخصوم وللمحكم استعمال لغتهم أو لغة أخرى يختارونها، و يتم تعيين هيئة لأجل الترجمة.

و البعض الآخر يترك الحرية للمحكمين لتحديد اللغة التي تجري بها المرافعات و الجلسات. أما بالنسبة لحق محكمة التحكيم في اتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية للحفاظ على مصالح أحد الخصوم، فيلاحظ أن بعض لوائح التحكيم تبيح إعطاء المحكمين هذه السلطة. بخلاف البعض الآخر الذي يبقي عملية اتخاذ هذه الإجراءات للسلطة القضائية التابعة لدولة محكمة التحكيم.

أما بالنسبة لسرية أو علنية جلسات وإجراءات التحكيم، فهي تختلف بين لوائح هذه المراكز و الهيئات. إذ تجيز بعض اللوائح علنية هذه الإجراءات، بينما يرى البعض الآخر منها بضرورة الحفاظ على السرية في تلك الإجراءات، في حين يذهب البعض الآخر إلى ترك السلطة التقديرية للمحكمين لتقرير مدى ضرورة الالتزام بالسرية. [1]

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

يعتبر القانون الواجب التطبيق هو الأساس في إصدار حكم التحكيم، ولذلك تعتبر عملية تحديده من الأمور المهمة. و حيث أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، و لمعرفة

1 / د أبو زيد رضوان : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص 110- 115

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يجب معرفة المعايير التي يستند إليها المحكم للبحث عن هذا القانون.

المطلب الأول: قانون الإرادة الصريحة

لقد أصبحت الآن، مسلمة حق أطراف العقد في اختيار القواعد أو القانون الذي يجب تطبيقه ليحكم العقد، من الأمور المسلم بها في ميدان التجارة الدولية، ما دام هذا الاختيار لا يصطدم بالقواعد الآمرة للنظم القانونية التابعة للدولة التي تربطها علاقة بالعقد. وبالتالي يكون القانون الذي وقع عليه اختيار الأطراف، هو الذي يحكم موضوع المنازعة التي تنشأ عن هذا العقد، والتي تعرض على التحكيم لحلها. [1]

وفي هذا الموضوع، لقد كرس المشرع الجزائري هذا الحق للأطراف، في إطار مبدأ سلطان الإرادة، وهذا بنص المادة 458 فقرة 14 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن:"تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختارته الأطراف...". وتجدر الإشارة إلى أنه من الملاحظ أن المشرع الجزائري في هذا المجال قد أخذ بالمادة 187 فقرة 1 من القانون السويسري، والمادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد. [2]

ويشير الأستاذ نور الدين تركي إلى أنه، بناء على نص المادة السالفة الذكر، فإن مبدأ سلطان الإرادة هو مكرس بدون أي لبس. [3]

---

[1] / انظر د. منير عبد المجيد – قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية – 1995 – دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية – ص 179 وما بعدها.

و انظر أيضا لنفس المؤلف: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي ـ مرجع سابق ص 196 و ما بعدها.

[2] / عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – مرجع سابق – ص 54

و انظر أيضا: أ. سائح سنقوقة – قانون الإجراءات المدنية (نصا وشرحا وتعليقا وتطبيقا) - مرجع سابق ص 345

[3] / N. TURKI – L’arbitrage commercial international en Algérie p 102

ورد في المرجع: المادة 458 مكرر 15، والصحيح هو مكرر 14 وليس 15.

وقد يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، باتجاه أحد بنود العقد الذي أبرموه فيما بينهم، وضمنوه بندا ينص على تطبيق قانون معين، في حالة نشوب نزاع متعلق بذات العقد.

ولعل المبادئ التي تقرها غالبية التشريعات المقارنة، عند معرض تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العقود التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، تؤكد على مبدأ اختيار الخصوم لقانون وطني، يحكم منازعتهم المطروحة على التحكيم التجاري الدولي. فهي بذلك تترجم إرادة المتعاقدين، سواء كانت هذه الإرادة معبر عنها بصراحة، أو تستنتج ضمنيا، طالما أن ذلك لا يتعارض مع القواعد الآمرة للنظام في الدولة المعنية، أو أن يكون الاختيار للقانون الأجنبي مشوبا بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض أن يحكم النزاع.

ومن الاتفاقيات التي تكرس هذه الطريقة في اختيار الخصوم للقانون الوطني الذي يحكم موضوع منازعتهم، نجد اتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، اتفاقية جنيف 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي، التي تنص مادتها 7 فقرة 1 على أن : "الأطراف هم أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع المنازعة. وفي حالة غياب إشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق فيجب على المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة". وهذا ما نصت عليه المادة 458 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري السالفة الذكر إذ قضت بأنه:"... في حالة غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

كما تقر هذه الطريقة - في اختيار الخصوم للقانون الوطني الواجب التطبيق على موضوع المنازعة – كذلك، اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى والمعروفة باسم اتفاقية B.I.R.D. .

كذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية (إنتر أمريكان)، ولائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس والسالفة الذكر، حيث تنص المادة 13 فقرة 3 من الاتفاقية الأخيرة على نفس ما جاء في نص (المادة 458 مكرر 14) من قانون الإجراءات المدنية

الجزائري. ونفس الشيء بالنسبة لهيئة التحكيم، الخاصة باللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة. كما ذهبت أيضا هيئة التحكيم التجاري الدولي التابعة للجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول آسيا والشرق الأقصى CEAEO، إلى نفس ما ذهبت إليه هذه اللوائح السالفة الذكر. [1]

كما تقر هذه الطريقة أيضا المادة 33 من هيئة قواعد التحكيم الخاصة الصادرة عن الأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1976.

وبناء على مبدأ حرية أطراف العقد في مجال التجارة الدولية، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يجب على المحكمون التقيد به عند معرض فحصهم للمنازعة المطروحة على التحكيم، يستطيع هؤلاء الأطراف استبعاد بعض نصوص ذلك القانون الذي وقع عليه اختيارهم لحكم المنازعة، أي باستطاعتهم اختيار بعض نصوص هذا القانون والعمل بها، واستبعاد البعض الآخر.

وإذا كان هذا الاتجاه هو الغالب، فثمة اتجاه آخر، يتبناه بعض الفقهاء في القانون الدولي الخاص مثل الفقيه P . Arminjon وهنري باتيفول H . Bativol الذين يريا بأن جوهر إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، وما يثار عنه من نزاعات هي في حقيقتها عبارة عن توطين للعقد Localisation تبعا لإرادتهم.

ومن ثم يجب أن يكون في هذا الاختيار إشارة إلى رابطة التوطين هذه، مثل اختيار الأطراف لدولة منبع السلع محلا للتعاقد، وتطبيق قانون تلك الدولة،أو قانون دولة تنفيذ العقد، أو اختيار قانوني مهني. بحيث إذا انعدمت هذه الرابطة، يكون ذلك بمثابة غش نحو القانون الأجنبي. ويجب على المحكم الدولي في رأي البعض، أن يسلك في هذا الشأن مسلك القاضي الوطني، ويمنع هذا الغش ، حتى ولو كان اختيار أطراف المنازعة يتم على هيئة دائمة للتحكيم التجاري الدولي للفصل في المنازعة.

وقد يكون اختيار الأطراف لقانون وطني لحكم موضوع منازعتهم، اختيارا واقعيا تفرضه ظروف وطبيعة العقد الذي ثارت بشأنه المنازعة. أي قد يكون تطبيق المحكم

[1] / أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 134

لقانون وطني من اختيار الخصوم، تلبية لإرادة الطرفين الصريحة في العقود التعاقدية وإذعانا من الطرف الآخر.

كما قد يكون تطبيق المحكم لقانون وطني، أمرا يفرضه واقع العقود بين طرفي النزاع. ويكون هذا القانون هو الذي يحكم العقد الذي أثارت بشأنه المنازعة التي يجب عرضها على التحكيم. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 13 من الشروط العامة المتعلقة بعقود توريد مواد الإنشاءات بين دول أوروبا الغربية، والتي تقضي بخضوع العقد وما ينشأ عنه من نزاعات، للتحكيم وفقا لقانون دولة البائع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

كذلك الأمر بالنسبة للشروط العامة لتوريد وتسليم البضائع بين رعايا الدول الأعضاء في مجلس الكوميكون، التي تنص المادة 74 منها على إخضاع عقود الأطراف وما قد ينشأ عنها من نزاعات لقانون دولة البائع.

كذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع للمنقولات الموقعة في 15 جويلية 1955 التي تنص المادة 3 منها على تطبيق قانون دولة البائع التي يقيم بها بصفة دائمة. [1]

المطلب الثاني: قانون الإرادة الضمنية أو المفترضة

قد يكون تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف صريحا – كما بينا ذلك في المطلب السابق – سواء كان ذلك عبارة عن شرط تحكيم، أو مشارطة مستقلة عن العقد. كما قد يكون ذلك واردا في العقود النموذجية الدولية، حيث تنص على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

و كمثال على ذلك ما جاء في العقود النموذجية الخاصة بتوريد المواد الإنشائية بين الدول الغربية حيث تنص على أن العقد و ما قد ينشأ عنه من منازعات، يخضع لقانون دولة البائع، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

[1] د. أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق ص 131 - 135

كما قد تم اتفاق أطراف النزاع صراحة، على إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق، على موضوع المنازعة التي نشأت بعد و قبل العقد المبرم بينهم. وفي هذا الحالة يتعين على المحكم، أن يبحث على الإرادة الضمنية للأطراف التي من خلالها يتمكن من استنتاج أو معرفة القانون الذي سوف يطبقه على النزاع. و لكي يتمكن المحكم من اكتشاف هذا الإرادة الضمنية، هناك مؤشرات يلجأ إليها للإستدلال على ذلك و منها مثلا: اختيار الأطراف لمركز تحكيمية موجودا في بلد ما ، أو استعمالهم لصيغة عقد معمول بها في بلد ما. ففي هذا الحالة يستنبط المحكم بأن هناك اختيار ضمني لقانون البلد الذكور، و يقوم بتطبيق ذلك القانون، بناء على الإرادة الضمنية للأطراف.

أما الإرادة المفترضة، فيلجأ إليها عند عدم التمكن من اكتشاف الإرادة الضمنية. و هذا الطريقة معمول بها في فرنسا، بريطانيا، و ألمانيا. [1]

و تنقسم هذا المؤشرات إلى قسمين: فمنها ما يمكن تسميتها بالمؤشرات العامة مثل قانون محل إبرام العقد، وقانون محل التنفيذ. و مؤشرات أخرى يمكن تسميتها بالمؤشرات الخاصة مثل محل إقامة المتعاقدين، و مكان التحكيم.

و يتبين من قضاء التحكيم التجاري الدولي، أن قرارات التحكيم الصادرة بشأن المنازعات المطروحة، تميل في غالبيتها إلى ترجيح تطبيق قانون محل إبرام العقد، أو قانون محل التنفيذ باعتبارهما القوانين الأنسب. [2] غير أن بعض الفقه يشكك في تغليب قانون محل إبرام العقد كقانون للإرادة المفترضة في عقود التجارة الدولية، لأنه قد يكون مؤشرا هاما لتوطين العقد بحجة أن أطراف عقود التجارة الدولية، غالبا مالا توجد لهم مواطن دائمة في مكان إبرام العقد، بالإضافة إلى أن هناك طريقة التعاقد بالمراسلة، و ما تفرزه من تعقيدات، وهي كثيرا الحدوث في عقود التجارة الدولية خاصة في الوقت الحالي، مع توفر وسائل الاتصال السريعة و خاصة الأنترنات، إذ يصعب معها تغليب قانون محل إبرام العقد. وكذلك الأمر بالنسبة لقانون محل التنفيذ، نظرا لتعدد أماكن التنفيذ أحيانا. لاسيما بالنسبة لعقود التوريدات الدولية التي تعتبر إحدى محاور التجارة الدولية.

---

[1] / د فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) مصدر سابق – ص 186، 187

[2] / د فوزي محمد سامي - نفس المرجع – ص 138

و فضلا عن المقررات العامة، هناك المقررات الخاصة – كما أسلفنا منذ قليل – التي تقضيه أو تقواعد المحكمين الدولي، على اكتشاف إرادة الخصوم الضمنية أو المفترضة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. و تتمثل هذه المقررات، في اللغة المستعملة في العقد محل النزاع ومحل إقامة المتعاقدين، والعملة التي تم الاتفاق على الدفع بها، ومكان إجراء التحكيم المختار من قبل الأطراف، بالإضافة إلى الحالات التي تكون فيها الدولة ، أو أحد أشخاصها العامة، طرفا في عقود التجارة الدولية مع أحد الأشخاص الطبيعية من رعايا الدول الأخرى.

إلا أنه يتضح من قرارات التحكيم التجاري الدولي، بأن اللغة وحدها لا تكفي أن تكون مقررا أو دالا، على القانون الواجب التطبيق، إلا إذا اقترنت مع مقررات أخرى. [1]

كما أن مقرر مكان التحكيم المختار من قبل الأطراف، لا يلعب دورا حاسما في اكتشاف إرادتهم المفترضة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا في حالات التحكيم الخاص ad –hoc. إذ يمكن القول في مثل هذا التحكيم، بأن اختيار مكان التحكيم في دولة محايدة، يمكن أن يشكل قرينة على اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون هذه الدولة ليحكم موضوع منازعتهم. أما اختيار مكان التحكيم لدى إحدى هيئات أو مراكز التحكيم الدائمة، مثل غرفة التجارة الدولية بباريس، فلا يمكن أن يشكل قرينة على اختيار الأطراف لقانون هيئة أو مركز التحكيم الدائم و إنما يكون بناء على رغبة الأطراف في الاستفادة من خبرة هذه الهيئة في ميدان التحكيم و التسهيلات التي تقدمها لأطراف النزاع وخاصة القوة التي تتمتع بها قراراتها، و الاعتراف بها على المستوى الدولي.

و إذا وجدت هناك نية مفترضة في مثل هذه الحالة، فإن اختيار الأطراف لمراكز و هيئات التحكيم الدائمة يعني- في نظر البعض – اتجاه نيتهم إلى إخضاع علاقاتهم التعاقدية إلى عادات و أعراف التجارة الدولية، أكثر من رغبتهم في إخضاعها لقانون الدولة التي توجد بها تلك الهيئة، أو مركز التحكيم الدائم. وقد ذهبت إلى ذلك فعلا بعض قرارات التحكيم التجاري الدولي. [2]

[1] / د أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 140

[2] / د أبو زيد رضوان – نفس المرجع – ص 142

أما فيما يخص المشرع الجزائري، فلقد عمل بازدواجية الإرادة و حذا في ذلك حذو القانون السويسري، حيث ترك للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم بصفة عامة. وفي غياب ذلك الاختيار، يقوم المحكم بتحديده، إذ أن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة، ولا يعتد بالإرادة الضمنية مثل بعض القوانين العربية الأخرى.[1] حيث يمكن للأطراف أن تختار أي قانون، و يمكنها اللجوء إلى اختيار المبادئ العامة للقانون، الأمر الذي يؤدي إلى حلول غير منتظرة بسبب غموض هذه المبادئ.

فإذا تم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، لا يمكن للمحكمين التهرب منه. أما في غياب ذلك الاختيار، يبقى المحكمون هم المطالبون بالبحث عن القانون الذي يجب أن يحكم العقد وموضوع النزاع. و يبقى تطبيق القانون الجزائري ممكنا، إذا جرى التحكيم في الجزائر، حيث تكون الأولوية في هذه الحالة إلى تطبيق قانون مقر التحكيم.

إلا أن حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، تعتبر مقيدا نسبيا خاصة فيما يتعلق بالقانون المطبق على العقد الأساسي، أو القانون المتعلق باتفاق التحكيم.
و يعتبر هذا التقيد نسبي لأن المادة 458 مكرر1 الفقرة 3 تستعمل تعبير" لا سيما ".[2] وهذا ما قد يفهم من الأخير، بأن هناك حلول أخرى تكون ممكنة. ومعنى ذلك أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، يختلف عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، وذلك بمقتضى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.[3]

و بالنسبة للقانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، أين تكون الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة طرفا في عقد من عقود التجارة الدولية

---

[1] / بلقاسم أعراب: القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين) دار هومة للطباعة و النشر- الجزائر2002 ص 307 و 309

[2] / تنص المادة 458 مكرر 1 فقرة3 على أنه:" تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، و إما القانون المنظم لموضوع النزاع لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإما القانون الجزائري. "

[3] / عليوش قربوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – مرجع سابق – ص 35

مع طرƑ أƢر من أŦƆƂ ƅ القانون ƅƆƄ من الدول اƕƢرǎ. فƎذا كانت المنازعات التي تƛور بƄƋن هذƋ العقود تƢضع لنƔƆƈ التحكيƇ، و قانون اƙرادƔ الƜريحƔ هو الƆƔاري في هذƋ الحالƔ، فƎن تحديد القانون الواجƔ التطبيق على موضوƳ المنازعƔ في حالƔ غياƔ اƛƢتيار الƜريƠ لقانون معين، يƛير الكƛير من الƜعاƔ. ƅن اƕمر يتعلق من ناحيƔ بمبدأ هاƇ وهو" الحƜانƔ القضائيƔ " للدولƔ الذي ƋƈداƋ،عدƇ خضوƳ الدولƔ الطرƑ في النزاƳ لقانون أجنبي. ومن ناحيƔ أƢرǎ، فƎن تƄريعات الدول، غالبا ما تتضمن نƜوƜا تحدد القانون أو القواعد التي تحكƇ النزاƳ في مƛل هذƋ الحاƛت باƙضافƔ إلى ما قد تحتويƌ بعƯ هذƋ العقود من إƄارات أو تلميحات ذات طابع ƆياƆي، تتعلق بضرورƔ احتراƇ مبدأ ƆيادƔ الدولƔ على ƛرواتها الطبيعيƔ، الذي ƛ بد وأن تنعكƧ أƛارƋ بƜورƔ أو بƋƢرǎ، على الحلول القانونيƔ للمنازعات التي تƛور بƄƋنها.

وتتƢذ هذƋ المƄƂلƔ أبعادا ƄƆƜ في عƜƛقات التجارƔ الدوليƔ بين الدول الƜناعيƔ وبين الدول الƆائرƔ في طريق النمو فيما يعرƑ اليوƇ باƆƇ « النƔƆƈ اƛقتƜادي الدولي الجديد» و نجد أن أحكاƇ القضاƅ الداƆلي وقرارات التحكيƇ التجاري الدولي، تتضارƔ بƄƋن تحديد القانون الواجƔ التطبيق على موضوƳ النزاƳ في العقود التجاريƔ الدوليƔ، في حالƔ غياƔ اƛƢتيار الƜريƠ لقانون وطني معين. إذ نجد أن محكمƔ النقƯ الƊرنƆيƔ في بادƏ اƕمر تقضي بƋن غياƔ اƙرادƔ الƜريحƔ في اƢتيار قانون وطني معين لحكƇ موضوƳ النزاعات العقديƔ بين الدولƔ المتعاقدƔ ورعايا الدول اƕƢرǎ، يمكن تƆƔيرƋ على أن قانون هذƋ الدولƔ المتعاقدƔ، هو قانون اƙرادƔ المƊترضƔ الذي يجƔ تطبيقƌ على موضوƳ النزاƳ.

غير أنها Ɔرعان ما تتراجع عن هذا القضاƅ في حكƇ ƢƆر لها.[1] إƛ أن مبدأ تطبيق قانون اƙرادƔ الضمنيƔ أو المƊترضƔ في حالƔ غياƔ اتƊاق اƕطراƑ على القانون الواجƔ تطبيقƌ، قد تƇ انتقادƋ من طرƑ بعƯ الƊقƌ، حيƚ يبني تطبيق قانون اƙرادƔ في ƄƋن العقود الدوليƔ على Ƅرط أن يعلن اƕطراƑ المتقاعدون عن اƢتيارهƇ لهذا القانون بƜراحƔ.

[1] / د. أبو زيد رضوان – اƕƆƧ العامƔ في التحكيƇ التجاري الدولي – مرجع Ɔابق – ƭ 145

وهذا ما اتجهت إليه التشريعات الحديثة والتي لم تعد تأخذ إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار قانون العقد. ولهذا يرى الرافضون لحرية القاضي أو المحكم في البحث عن الإرادة الضمنية، بأن سكوت الأطراف عن التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق، لا يعني بالضرورة وجود نية وإرادة ضمنية متجهة إلى اختيار هذا القانون. ومن ثم فإن تطبيق قانون الإرادة الضمنية قد يؤدي إلى تطبيق قانون، لم يتوقع المتعاقدون تطبيقه، ولا يرغبون في تطبيقه أصلا لسبب بسيط وهو أنه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية.[1]

كما نجد أحيانا أن قرارات التحكيم التجاري الدولي، تطرح جانبا، القوانين الوطنية المحتمل تطبيقها على موضوع النزاع، وتفضل تطبيق ما اصطلح عليه ب:"المبادئ العامة والمشتركة للدول المتمدينة". وهو مصطلح استخدم لأول مرة سنة 1951 في قرار التحكيم الصادر بشأن النزاع بين شيخ أبو ظبي، وشركة التنمية البترولية المحدودة. إذ استبعد المحكم الإنجليزي قانون أبو ظبي لاعتباره "قانونا متخلفا"، لا يمكن أن يصلح لتسيير أو لحكم المعاملات التجارية الحديثة، وطبق على النزاع ما أسماه بـ "القانون الطبيعي الحديث"، [2] بدعوى أن ذلك يمثل المبادئ العامة في الدول المتحضرة.

كما استخدم هذا المصطلح في تحكيم بين شركة ARAMCO والعربية السعودية عام 1958 من طرف المحكم G.Sausser-hal الذي رفض فيه تطبيق القانون السعودي المستمد من الشريعة الإسلامية، بدعوى عدم احتوائه أي حل للمشكلة المطروحة، وطبق على النزاع ما سمي بالمبادئ العامة للقانون.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق لحل النزاع في عقود الدولة

إن الدولة عندما تتعاقد مع طرف أجنبي بشأن عقد من عقود الدولة، فإن الطرف الأجنبي لا يقبل الخضوع لاختصاص المحاكم الوطنية لهذه الدولة بصدد المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما. كذلك فإنه من الصعب على الدولة المتعاقدة في ظل هذا

---

[1] / د. هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ط 1995 – منشأة المعارف بالإسكندرية – ص 328 – 329.

[2] / د. أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق – ص 146

الرفض الصادر عن الطرف الأجنبي في الخضوع لقضائها الوطني، أن تقبل [illegible]
المحاكم الوطنية لدولة أخرى ، بالنظر لما يمثله هذا الخضوع من اعتداء على سيادتها
لما تتمتع به من حصانة قضائية أمام المحاكم الوطنية للدولة الأخرى. ومن هنا برز
التحكيم على اعتبار أنه القضاء المقبول بالنسبة للطرفين كوسيلة لحل النزاعات الناشئة
بسبب تفسير أو تنفيذ العقد المبرم بينهما، على نحو أصبح معه اللجوء إلى التحكيم، هو
القاعدة العامة لحل هذه المنازعات.

ولكن هل يعتبر وجود شرط التحكيم في العقد قرينة على اتجاه نية الأطراف إلى تدويل العقد بناء على المبدأ القائل بأنه: من يختار التحكيم، يختار أيضا القانون الواجب التطبيق على العقد.

هذا المبدأ، اعتنقته بعض أحكام التحكيم مثل تحكيم SAPHIRE أين ذهب المحكم إلى تفسير وجود شرط التحكيم، على أنه بمثابة إرادة الأطراف المفترضة في تدويل العقد.[1] أما في تحكيم TEXACO فقد ذهب المحكم صراحة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلى أن وجود شرط التحكيم يفيد الاختيار إلى قواعد القانون الدولي.[2]

إلا أن هذا الاتجاه الذي أخذت به أحكام التحكيم السالفة الذكر، لا يوجد له سند لا في الفقه، ولا في التحكيمات الأخرى، ولا أيضا في المعاهدات الدولية. فوجود شرط التحكيم لا يمكن اعتباره قرينة على تدويل العقد. و تعتبر اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 خير دليل على تأكيد ذلك.[3]

---

[1] / أنظر تحكيم saphir المنشور في ASDI ص 279

[2] / و تحكيم TEXACO المنشور في مجلة CLUNET 1977– ص 350
طالع د. حفيظة السيد الحداد ـ العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية،مرجع سابق ص 372 و ما بعدها

[3] / تنص المادة 42 من اتفاقية واشنطن على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من قبل الأطراف. و في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة – بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين – و مبادئ القانون الدولي المتصلة بالمنازعة.
و لا يمكن للمحكمة أن ترفض الفصل في المنازعة بحجة سكوت القانون عن التعرض للمسألة محل المنازعة أو غموضه.
و لا تنال نص الفقرتين السابقتين من سلطة محكمة التحكيم في أن تفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدالة إذا اتفق الأطراف على ذلك "

و تجدر الإشارة في هذا المجال، إلى أنه لا وجود لقضاء دولي مستقر، بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة. لأن بعض الأحكام طبقت القانون الوطني للدولة المتعاقدة و بعضها طبقت القانون الدولي، بينما طبقت طائفة أخرى، المبادئ العامة للقانون و القانون العابر للدول، و مبادئ القانون الدولي الكامن في نظام قانوني يصعب تحديده.

و يذهب جانب من الفقه و في مقدمته الأستاذ VEDROSS إلى القول بأن: (العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجانب تابعين لدولة أخرى، لا تخضع لقانون وطني لدولة محددة. كما أن هذه العقود ليست معاهدات على أن تخضع للقانون الدولي العام.) ومن هنا فإن هذه العقود تتميز بأن الحقوق الناشئة عنها، يحكمها نظام قانوني جديد، يتشكل من الإرادة المتطابقة للأطراف، و ذلك بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين و هذا القانون هو القانون الذاتي للعقد. [1] غير أن هذا الرأي القائل بالقانون الذاتي للعقد لم يسلم من الانتقاد. [2]

كما يذهب بعض الفقه و على رأسه jean –flavien –lalive إلى القول بتطبيق قانون عبر الدول الذي يشمل المبادئ العامة للقانون، و الأعراف، و العادات التجارية وبعض القوانين الموحدة. كما يشمل أيضا، التنظيم القانوني الداخلي للمنظمات الدولية العامة، التي لا تتصل لا بالنظام القانوني الوطني، ولا بالنظام القانوني الدولي. و يشمل كذلك، القانون الإداري الدولي، و قضاء المحاكم الوطنية و الدولية، و لا سيما محاكم التحكيم. ويتكون هذا القانون على نحو تلقائي بواسطة عادات المتعاملين في إطار العلاقات التجارية الدولية.

تحتل العقود بين الدولة و الأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى، و التي يطلق عليها مصطلح عقود الدولة مكانا بارزا بين العقود المبرمة في إطار العلاقات التجاري الدولية. و تنحصر خصائص هذه العقود [3] و لا سيما عقود امتياز البترول و عقود القروض في أنها:

---

[1] / د محمد عبد المجيد إسماعيل – عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها – مرجع سابق – ص 744 و ما بعدها

[2] / أنظر د حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية – دار الفكر الجامعي2001 – الإسكندرية ص 745 و ما بعدها

[3] / انظر د حفيظة السيد الحداد ـ العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ـ مرجع سابق، ص 29

1- Ů تتضمن أي إٳارا إلى القانون الذي ا٤تندت إليǆ.

2- يتǐ الٶٳل في النزاعات الناٳئţ عنها عن طريق التحكيǅ الƢاƫ أ AD-HOC

3- ت٤تبعد هذاا العقود تطبيق ƙانون الدولţ الطرƻ و ت٤تبعد كذلƃ اƢتƫاƫ ٳحاكمها

4- Ů تحدد القانون الذي تقوǅ المحكمţ بتطبيقǆ على النزاƱ، وƽد تٳير إلى تطبيق المبادƏ العامţ في القانون أو القانون الدولي.

و عادا ما تتضمن هذاا العقود أن تكون الٳركţ اŶجنبيţ المتعاƽدا ٳريكا في عمليţ البنيţ اŶ٤ا٤يţ ، كƗن تكون مقاوŮ أو طرفا في عقد من عقود البوت BOT [1] أو عن طريق الٳركات المٳتركţ كما هو الحال في اŹتƽاƽيات المتعلقţ با٤تƸŮل البترول و الƸاز.

فبعد الحرƒ العالميţ الƙانيţ و الرفƯ الذي كانت تكنǆ دول العالǅ الƙالƚ تجاا التحكيǅ الدولي ، لقد أƮهرت درا٤ţ [2] ƽد تƸيرت لدǎ هذاا الدول و أٳبحت تقبل على التحكيǅ وأٳبƠ لها دور في Ʊرفţ التجارا الدوليţ في باريƩ CCI.

إن ما يميز العمليţ التحكيميţ في عقود اƗŶتƸال الدوليţ، هو Ƽضوعها Ůنƨمţ مٳتƼ٤ţ تحتوي على المعاهدات الدوليţ و القوانين الوطنيţ لمƼتلƻ الدول. ويتمƛل ذلƃ في القانون الذي يحكǅ اŶعتراƻ باتƽƃاق التحكيǅ في بادƏ اŶمر، ƛǅ القانون الذي ينƮǅ

[1] / يقٳد بالبوت BOT البناƇ BUILD و التƸƏيل OPERATو نقل الملكيţ TRANSFER و تعرƻ عقود البوت بƗنها منƠ امتياز من اٳŶل أو المالƃ اٳŶلي إلى منتƱ يƉمى بالملتزǅ أحيانا وهو المƉول عن إنٳاƇ و تمويل و تƸƏيل و ٳيانţ مدţ اŶƬل مدا اŶلتزاǅ ƽبل التƉليǅ النهائي و ذلƃ دونما تكلƽţ على اٳŶيل ، كما يعرƻ بعƯ الƽƃǆ بƗنها المٳروعات التي تعهد بها الحكومţ إلى إحدǎ الٳركات اŶجنبيţ الوطنيţ أو اŶجنبيţ من القطاƱ العاǅ أو الƢاƫ وذلƃ Ůنٳاƅ مرفق عاǅ و تٳƸيلǆ لحƉابها مدا من الزمن ƛǅ نقل ملكيتǆ إلى الدولţ

محمد عبد المجيد إ٤ماعيل، عقود اƗŶتƸال الدوليţ و التحكيǅ فيها – مرجع ٤ابق – ƫ 52

[2] / ƢŬل الƽترا من 1989 إلى 1999 و على مدǎ 11 ٤نţ و من بين 11143 طرفا متنازعا في ƙضايا تحكيميţ أماǅ Ʊرفţ التجارا الدوليţ كان بينهǅ 23 % أطرافا من الدول الناميţ و أن 42% من هƅŨ اŶطراƻ كانوا مدعين في هذاا القضيţ التحكيميţ و هذا ما يبين بƗن الدول العالǅ الƙالƚ لǅ تكن ضحيţ للتحكيǅ ، و توالى على رئا٤ţ محكمţ التحكيǅ محكمين من إفريقيا و آ٤يا و أمريكا الŹتينيţ و الٳرق اŶو٤ط ، ومن بين 837 محكما بƸرƻ التجارا الدوليţ بباريƩ كان منهǅ 20 % كان منهǅ معينين من طرƻ الƸرفţ و ليƩ من اŶطراƻ و نƩ٤ الٳيƇ بالن٤بţ لمكان التحكيǅ حيƚ عقد حوالي 323 تحكيما بدول إفريقيţ و آ٤يويţ ومن أمريكا الŹتينيţ و الٳرق اŶو٤ط ƢŬل الƽترا المذكورا ، حيƚ عقد في ٤نƸافورا 60 تحكيما ، وفي المكƃ٤يƃ 27 تحكيما، و في مٳر 13 تحكيما ، و في تونƩ 9 تحكيمات

د/ محمد عبد المجيد إ٤ماعيل، المرجع ال٤ابق – ƫ 349

إجراءات التحكيم ، ثم القانون الواجب التطبيق من طرف محكمة التحكيم على موضوع النزاع ثم القانون الذي يحكم الاعتراف بحكم التحكيم و نفاذه في أكثر الأمر. كما أنه بالإمكان أن يحكم كل هذه المسائل قانون واحد -كما سبق وأن تعرضنا لذلك-.

و بالرغم من أن شرط التحكيم في العقد عادة ما يفسر على أنه تنازل من طرف الدولة عن حصانتها إلا أن الدولة قد تتذرع أحيانا بتلك الحصانة ضد التحكيم التجاري الدولي، و مثال ذلك ما حدث في قضية الشركة الأمريكية للبترول LIAMCO ضد الحكومة الليبية [1] هذه القضية التي كانت سببا في التطور التشريعي الذي حصل في الولايات المتحدة في التعديلات التي حدثت عام 1998 و في دول أخرى كثيرا ، حيث أصبح من الممكن تنفيذ حكم التحكيم ضد ملكيات و أصول تجارية لدولة أجنبية سواء كانت هذه الأصول محل للمعاملات التجارية الناشئ عنها النزاع أم لا.

و كما بينا ذلك فيما سبق فإن اللجوء إلى التحكيم يجب أن يكون محل اتفاق بين أطراف العقد ليصبح جزءا من العقد سواء عن طريق شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم ، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكن إلزام الدولة المتعاقدة باللجوء إلى التحكيم في حالة عدم الاتفاق على اللجوء إليه بشكل من الأشكال ؟

و لعل الإجابة على هذا السؤال موجودة في حكم محكمة التحكيم بشأن قضية هضبة الأهرام المشهورة حيث اعتمد المدعي على نص في قانون الاستثمار المصري ينص على إمكانية حل منازعات الاستثمار بمقتضى معاهدة حل منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى و التي صادقت عليها مصر بالقانون رقم 90 لعام 1971 و حاولت مصر التملص من اللجوء إلى التحكيم الدولي، إلا أن محكمة التحكيم رفضت الحجج التي تذرعت بها الحكومة المصرية. ويتضح من خلال هذه القضية أن انضمام الدولة و مصادقتها على معاهدة دولية تتضمن النص على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات يعتبر بمثابة قبول منها للتحكيم مثل ما كان الحال في نزاعات أخرى متفرقة.

و مما سبق يتضح أن الاتفاقيات الدولية تكفل للمستثمرين اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعاتهم دون الحاجة إلى وجود شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم مثل ما تتضمنه لوائح

---

[1] / انظر د محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها، المرجع السابق – ص 350 و ما بعدها

المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي ICSID و يعتبر ذلك دركا لمحاولات الدولة التنصل من الموافقة على اللجوء إلى التحكيم.

كما تلعب المعاهدات متعددة الأطراف دورا هاما في إقرار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات و مثال ذلك معاهدة النافتا (NAFTA)
NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT
التي أقرت الدول فيها بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم.

المبحث الثالث: مدى ملائمة التحكيم لحل النزاع

نتعرض في هذا الصدد إلى مسألة إمكانية حل المنازعة عن طريق التحكيم في إطار قانون مكان التنفيذ و القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، و كذلك مسألة اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناشئة عن عقود الدولة، و مدى قابلية هذه النزاعات للتسوية عن طريق التحكيم. ثم بعد ذلك إلى إمكانية حل المنازعة عن طريق التحكيم في إطار المنظمة العالمية للتجارة، وفي الأخير، نبحث قضية اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات في إطار اتفاق الشراكة الأورو متوسطية الذي وقعته الجزائر مؤخرا مع الاتحاد الأوروبي.

و عليه نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول: مدى ملائمة التحكيم لحل النزاع في إطار قانون مكان التنفيذ و القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم .

إن مسألة مدى ملائمة التحكيم لحل النزاع المطروح يمكن التعرض لها من ناحيتين اثنين :

1- تعتبر قابلية النزاع للحل عن طريق التحكيم شرطا لصحة اتفاق التحكيم، حيث لا يمكن أن يكون هذا الأخير صحيحا إذا كانت المنازعة غير قابلة للفصل فيها عن طريق التحكيم. وعليه يجب على المحكم أن يتأكد من صحة اتفاق التحكيم، بالنظر إلى قابلية المنازعة للتحكيم من خلال القانون الذي يحكم الاتفاق.

2- إن الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه، مقيد بقابلية المنازعة للحل عن طريق التحكيم في ظل قانون المكان الذي يراد تنفيذه فيه، و في ظل قانون مقر التحكيم الذي يعتبر بمثابة قانون القاضي.

غير أن قاعدة التنازع هذه، نجد أن المشرع للقانون الدولي السويسري الخاص لحل مشكلة القابلية للتحكيم، استبعدها واختار قاعدة مادية تقضي بإمكانية خضوع كل نزاع ذو طبيعة مالية للتحكيم.

و بذلك يكون قد استبعد صعوبة البحث عن القانون الواجب التطبيق لتحديد مدى قابلية النزاع للتحكيم و اختار طبيعة النزاع كمعيار لقابلية التحكيم من عدمه. غير أن الفقه السويسري السائد مفاده أن محكمة التحكيم السويسرية تكون غير مختصة للفصل في النزاع المالي عندما تكون مسألة القابلية للتحكيم مخالفة للنظام العام في سويسرا، وتمتد فكرة النظام العام إلى مضمون حكم التحكيم الذي يقضي في مسألة لا يجوز التحكيم فيها طبقا لقانون مكان التنفيذ.

إلا أن النزاعات التي يجوز التحكيم فيها و التي لا يجوز، اتجهت معاهدة نيويورك بشأنها إلى ترك مسألة تحديدها إلى قانون الدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها. و هذا ما انتهجته اتفاقيتي جنيف لسنة 1923 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و اتفاقية عام 1961 [1].

و بوجه عام، للقاضي في الدولة أن يجري التكييفات الضرورية طبقا لقانونه الخاص. فإذا كان حكم التحكيم الأجنبي يتم في الجزائر، فإنه يتعين رفضه حين تعلقه بمسألة لا يجوز التحكيم فيها لتعلقها بالالتزام بالنفقة أو بحقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس أو لتعلقها بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم أو لتعلقه بصفقة في إطار التجارة الدولية بين أشخاص معنويين تابعين للقانون العام [2] أو تعلقه بنزاع بين

---

[1] / د منير عبد المجيد – الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي – مرجع سابق ص 329 و ما بعدها

و انظر أيضا لنفس المؤلف: قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية - دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية سنة 1995 – ص 236 و ما بعدها

[2] / تنص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أنه: " لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم.

- ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية. "

أشخاص اعتبارية وطنية [1] و هذا ما ذهب إليه أيضا القانون المصري. و بالإضافة إلى ذلك تستبعد عن مجال التحكيم المسائل الجنائية، و القرارات الإدارية الخاصة المتعلقة بالضرائب و العمل و الرقابة على النقد، ومسائل الأمن و تلك المتعلقة بحماية المستهلك و بسيادة الدولة. كما لا يجوز اللجوء إلى التحكيم، في مسائل الطعن بعدم دستورية القوانين. و هذا التوجه أخذت به معظم المعاهدات، إذ أن هناك مسائل غير قابلة للتحكيم في العلاقات الداخلية و هي على عكس ذلك في العلاقات الدولية.

و لقد أخذ المشرع الجزائري بنص المادة 209 من القانون المدني الفرنسي [2] حينما نص في الفقرة 1 من المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها. "

فهذا النص، يصنف المنازعات التي تقبل الخضوع للتحكيم. و هي تلك المتعلقة بالحقوق التي يتمتع الشخص بحرية التصرف فيها، وينهى عن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي لا يتمتع الشخص بحرية التصرف فيها، كونها تقتضي الحماية من طرف قضاء الدولة، نظرا لطبيعتها أو أهميتها، مثل الحق في الحرية الفردية و الزواج و غيرها. فهذه المسائل لا يمكن أن تكون موضوعا للتحكيم.

و إذا كانت المسألة المتنازع فيها غير مشروعة، يؤدي ذلك حتما إلى عدم جواز التحكيم فيها. و تعتبر كما لو كانت مخالفة للنظام العام، و لأحكام الشريعة الإسلامية في بعض الدول الإسلامية مثل مصر.

و بناء على أن النصوص الخاصة بالضرائب هي من قواعد النظام العام في شأن تطبيقها أو تفسيرها فإنه لا يجوز التحكيم في منازعة تتعلق بتنفيذ عقد ينصب على بضائع

---

[1] / نص المادة 442 مكرر الفقرة 1 على أنه: " عندما تتعلق هذه النزاعات بشركتين وطنيتين أو أكثر أو مؤسسات عمومية تابعة للدولة الوصاية نفسها، فتتولى هذه الأخيرة التحكيم فيها....."

[2] / نص المادة 209 من القانون المدني الفرنسي على أنه: " كل شخص يستطيع اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي يتمتع فيها بحرية التصرف. " و الملاحظ أن المشرع الجزائري في الفقرة 1 من المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية قد أعاد النص الفرنسي.

مفروض عليها ضريبة ، ولا يجوز أيضا في الدعاوي العينية العقارية [1] و لا يجوز التحكيم في مسألة الجنسية لأنها تعتبر من سيادة الدولة.

و في القانون الفرنسي، يجوز التحكيم في المنازعة المتعلقة بحقوق براءات الاختراع، إلا في حالة تعلق موضوع المنازعة بالنظام العام.

و يتضح من خلال قضاء محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، أنه لا يجوز التحكيم في المنازعات المتعلقة بوجود أو صحة مستند الملكية الصناعية، بينما يجوز في المنازعات المتعلقة بحقوق براءات الاختراع، أو المسؤولية التعاقدية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات.

و فيما يتعلق بعدم قابلية النزاع للتحكيم لتعلقه بالنظام العام، يجب تفسير هذا الأخير تفسيرا ضيقا حينما يتم تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، متى كان لا يمس موضوع العدالة في مكان التنفيذ بصورة أو بأخرى.

و إذا كان إشتراط الذهب في العقود التعاقدية مخالف للنظام العام في مقر التحكيم، و صدر بشأنها حكم تحكيم في مصر يعترف بصحة تلك العقود، فإن هذا الحكم لا يعتبر مخالف للنظام العام في دولة التنفيذ. [2]

و تجدر الإشارة إلى أن مدى قابلية النزاع للتحكيم، يجب أن تخضع للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم باعتبار أن هذه القابلية تعتبر شرطا لصحة الاتفاق. والمقصود بالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، هو ذلك النظام القانوني الذي يركز فيه الأطراف اتفاق التحكيم.

ففي حالة ما إذا لم يجز هذا القانون التحكيم في موضوع النزاع، و أجاز القانون الواجب التطبيق وجب على المحكم اعتبار اتفاق التحكيم باطلا.

---

[1] / هذه القاعدة أكدتها اتفاقية التعاون القضائي بين جمهورية مصر و دولة البحرين في مادتها26 التي نصت على أنه: " تعتبر محاكم الدولة التي يوجد بها موقع العقار مختصة بالفصل في الحقوق العينية المتعلقة بها "

[2] / يعتبر شرط الذهب باطلا في مصر حتى في المعاملات الدولية بينما أجاز المشرع الفرنسي صحة شرط الذهب في المعاملات الدولية بمقتضى القانون الصادر في 25 جويلية 1928 و قضي في فرنسا بصحة شرط الذهب في المعاملات الدولية في حكم messagerie maritime

- د منير عبد المجيد – الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي ـ مرجع سابق ص 338

و هنا المسائل تعتبر في قانون بلد التنفيذ بأنها مرتبطة بالنظام العام، وعليه يجب أن تتولى الدولة مهمة رعايتها مما يتعين استبعادها عن مجال التحكيم.

كما لا يجوز التقاضي أمام التحكيم بشأن إجراءات تنفيذ حكم التحكيم، لأن ذلك يدخل ضمن الاختصاص الاستثنائي للسلطة المختصة في بلد التنفيذ.

و إذا كانت مسألة النظام العام يصعب نوعا ما تحديدها في القوانين الداخلية المتعلقة لأجل القول بصحة اتفاق التحكيم من عدمه لارتباط المنازعة بهذا النظام، فإن هناك جانب من الفقه[1] ينادي بعدم الاستناد إلى فكرة النظام العام فيما يخص تحديد مدى قابلية النزاع للتحكيم.

و يجب إرجاع ذلك إلى اعتبارات الملائمة، التي يقرها المشرع بناء على ضرورة منطقية أو اتجاه تشريعي. و أن وجود قواعد آمرة لا يمنع من الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات المترتبة عنها، ما لم تكن مرتبطة بما لا يجوز التحكيم فيه.

المطلب الثاني: عقود الدولة و التحكيم فيها

إن عقود الدولة لا تختلف عن العقود الأخرى المبرمة في إطار التجارة الدولية من حيث النص في العقد على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناشئة عن العقد المبرم فيما يتعلق بتفسيره أو بتنفيذه. فقد يكون التحكيم المنصوص على اللجوء إليه تحكيما خاصا، أو تحكيما مؤسسيا AD - HOC فقد يتم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على العهدة بالمنازعة التي قد تنشأ بينهما، إلى هيئة تحكيم يتم تحديدها في العقد، أو تفويض هيئة دولية كمحكمة العدل الدولية لتعيينها.

كما قد يلجأ الأطراف إلى اختيار غرفة التجارة الدولية بباريس مثلا، للتحكيم فيما قد ينشأ بينهما من نزاعات.

---

[1] / منير عبد المجيد – الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي ـ مصدر سابق – ص 338 و ما بعدها

إن غالبية المنازعات الناشئة عن عقود الدولة، و التي عرضت على قضاء التحكيم، كانت عقود مبرمة أساسا بين دول تتبع نظاما اقتصاديا رأسماليا، و بين شركات أجنبية رأسمالية. و لم تكن تلك الدول من الدول التي تتبع نظاما اقتصاديا موجها.

و نظرا للدور الهام الذي تلعبه هذه العقود في اقتصاديات الدول النامية و الغنية على حد السواء ترتبط الدول في الكثير من الأحيان باتفاقيات ثنائية أو جماعية، تهدف إلى حماية الاستثمارات التي يقوم بها أحد مواطنيها على إقليم الدولة الأخرى، و التي يتم تنظيمها من خلال إبرام العقود بين الدولة و بين أحد رعايا الدولة الأخرى. و تلعب المعاهدات متعددة الأطراف دورا هاما في إقرار التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات

و نذكر على سبيل المثال: معاهدة "نافتا"

North American Free Trade Agreement التي أقرت الدول الأعضاء فيها بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم.

وإذا كانت عقود الدولة تكتسي أهمية بالنسبة لاقتصاديات الدول الغنية، فإن لها أهمية قصوى كذلك بالنسبة للدول النامية. حيث أنها تعتبر الركيزة الأساسية التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدولة، وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق الخطط الاقتصادية للدولة النامية. ويمكن أن تكون بأشكال مختلفة نذكر منها:

عقود المشاركة، عقود المقاولة، عقود المشروع المشترك، عقود المقاولات العامة عقود الخدمات عقود المساعدة الفنية، وعقود المفتاح في اليد والمنتوج في اليد. ويعرف جانب من الفقه عقود الدولة بأنها عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة، وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى.

وتساهم هذه العقود في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة عن طريق المساعدة الاقتصادية والفنية والمالية الأجنبية للدولة المضيفة التي تتمركز على أرضها هذه الاستثمارات. وتتعلق هذه العقود عادة ببناء المجمعات الصناعية واستخراج البترول ونقل وتسويق الموارد الطبيعية، مما يستلزم إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات كبيرة وتتسم بطول مدتها.

ونظرا لتلك الأهمية التي تتمتع بها هذه العقود، نجد أن العديد من أحكام التحكيم [1] قد ركزت على إبراز ذاتية هذه العقود و تمييزها عن عقود التجارة العادية.

إن الأسباب التي تجعل الأطراف المتعاقدة في عقود الدولة يلجئون إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير هذه العقود يمكن تصورها كما يلي :

- إن وجود الدولة كطرف في العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي، و نظرا للمزايا السيادية التي تتمتع بها، و التي تمكنها من التأثير في مسألة حياد السلطة القضائية، هذا من شأنه أن يجعل الطرف الأجنبي لا يطمئن للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة، عندما تكون المنازعة ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية و بسيادة الدولة المتعاقدة. مما يصعب من مسألة حيادها في هذه الحالة. لهذا السبب تتمسك الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة، و تصر على سلب الاختصاص من القضاء الوطني للدولة المتعاقدة، و منحه إلى قضاء آخر محايد هو قضاء التحكيم. [2]

و تكمن الصعوبة القصوى بالنسبة للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها، و التي تتمتع بالحصانة القضائية، في أنه في حالة قيامه برفع مطالبته ضد الدولة أمام القضاء الوطني لدولة أخرى، سوف يصطدم بهذه العقبة المتمثلة في تمتع الدولة بالحصانة القضائية، مما قد يؤدي إلى ضياع حقوقه احتراما لحصانة الدولة. و هذا ما يدفع المتعاقد الأجنبي مع الدولة إلى عدم إبرام العقد إلا بوجود شرط التحكيم. [3] و لهذا يعتبر جانب من الفقه أن إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة يعد وسيلة لتشجيع الاستثمار الأجنبي في الدول النامية.

وفي ظل المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار CIRDI

---

[1] / تحكيم Saphir من طرف المحكم Cavin و تحكيم Texaco من طرف المحكم Dupuy

أنظر د حفيظة السيد الحداد – العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية 2001 – ص 32 و ما بعدها

[2] / راجع حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2001 ص 6و7

[3] / د. حفيظة السيد الحداد ـ العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ص 257 و ما بعدها

و د، محمد عبد المجيد إسماعيل ـ عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها ، مرجع سابق ص 348

تنص المادة 25 من اتفاقية واشنطن على أن المركز يختص بنظر المنازعات القانونية التي تنشأ بين المستثمر و الدولة المتعاقدة معه (أو أحد أجهزتها التابعة التي تعينها أمام المركز) و التي تكون متصلة اتصالا مباشرا بالاستثمار، وذلك بعد رضا الأطراف الكتابي باللجوء إلى المركز لحل نزاعهم. ومن هنا يظهر أن رضا الأطراف بتحكيم المركز في حل المنازعات الناشئة عن الاستثمار يعد شرطا أساسيا لأجل قيام المركز بنظر النزاع المذكور. كما يجب أن يكون المستثمر من رعايا دولة منضمة على الاتفاقية وأن تكون الدولة المتعاقدة معه دولة منضمة أيضا على الاتفاقية.

و بالإضافة إلى هذا الشرط، يجب أن يكون قبول طرفي العقد بتحكيم المركز كتابيا. و ذلك للتأكد من وجود موافقة فعلية على الخضوع لأحكام المركز. و من هنا يمكن القول بأنه لا تنص اتفاقية واشنطن على أن يتم التعبير عن الرضا قبل أو بعد نشأة المنازعة، وأن يكون هذا الرضا خاص بنزاع معين، أو عام يشمل جميع المنازعات.

و أن يكون التعبير عن الرضا قد صدر في تصرف واحد، أو في تصرفين منفصلين، كما هو الحال في الإيجاب الصادر من الدولة في شكل قانون يهتم بالاستثمار و القبول الصادر كتابة عن المستثمر التابع لدولة أخرى في تاريخ لاحق له.

و لقد أدت هذه المرونة في تحقق الرضا الذي يتطلبه انعقاد اختصاص المركز، إلى إثارة قضية هامة من قضايا التحكيم في الآونة الأخيرة، وهي قضية هضبة الأهرام[1] التي كانت محلا للعديد من أحكام التحكيم و الأحكام القضائية الصادرة بشأنها.

[1] / تفاصيل القضية منشورة في مجلة clunet 1994 ص 219

أنظر: محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها ـ مرجع سابق ص 264 وما بعدها .

المطلب الثالث: مدى قـابلية عقـود الدولـة للتـحكيـم

يرى جانب من الفقه في مصر، أن السيادة هي أهم خصيصة تتمتع بها الدول، والتي يمكن أن يكون للتحكيم أثر سلبي عليها. و يكون ذلك من خلال مدى جواز معاملة الدولة بمثل معاملة الأفراد عندما تتعامل معهم في أنشطة اقتصادية و تجارية، و تكون طرفا في اتفاق تحكيم تجاري دولي مثلهم.

و في فرنسا استقر الوضع على عدم جواز تسوية النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية عن طريق التحكيم، إلا في حالة وجود نص تشريعي يجيز ذلك للدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها. ومن أمثلة هذا النص :

هناك القانون الصادر في 17 أفريل 1906 الذي يرخص للدولة و المحافظات اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن عقود الأشغال العامة و عقود التوريد التي تبرمها،و القانون الصادر في 9 يوليو 1975 في مادته 69، الذي يبيح للهيئات العامة ذات الطابع الاقتصادي أو التجاري، اللجوء إلى التحكيم لذات الغرض .

وكذلك القانون الصادر في 30 سبتمبر 1982، الذي يجيز اللجوء إلى التحكيم لهيئة السكك الحديدية الفرنسية.

ولقد توسع نطاق اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، بصدور القانون رقم 972/ 86 الصادر بتاريخ 19 أغسطس 1986 و الذي أجازت مادته التاسعة إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص المحلية أو المؤسسات مع الأشخاص الأجنبية للنفع العام. و مثال ذلك: عقد استغلال نفق المانش الذي وقعته مجموعة Chanel Tunnel مع France Manch بتاريخ 29 يوليو 1987 لإنجاز مشروع Eurotunnel.[1]

وكان القانون سالف الذكر قد صدر بمناسبة تعاقد الحكومة الفرنسية مع شركة ديزني لاند العالمية بالولايات المتحدة الأمريكية لإنشاء مدينة ديزني لاند بفرنسا.[2]

---

[1] / راجع التحكيم الصادر في قضية Eurotunnel و كل من السكك الحديدية الفرنسية و البريطانية.
حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثرها على القانون الواجب التطبيق ، مرجع سابق ص 18 و ما بعدها

[2] / أنظر – د محمد عبد المجيد إسماعيل – عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، مرجع سابق – ص 389 و ما بعدها

و كان العقد قد تضمن بندا يقضي بتسوية المنازعات بين أطرافه بطريق التحكيم لدى هيئة تحكيم مختصة. إلا أن بعد حدوث النزاع، دفعت الحكومة الفرنسية بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم بناء لما استقر عليه الوضع في فرنسا ـ كما أسلفنا ـ إلا بموجب نص تشريعي، و هذا ما أفتى به مجلس الدولة الفرنسي.

و لقد استقر الفقه و القضاء في فرنسا على اعتبار شرط التحكيم في العقود الإدارية الداخلية باطلا لتعلقه بالنظام العام و كذلك بطلان مشارطة التحكيم. و بشأن تسوية منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم، قرر مجلس الدولة الفرنسي جواز التحكيم في بعض العقود الإدارية دون البعض الآخر، و نص من العقود التي يجوز التحكيم فيها عقود الأشغال العامة.

و من أهم ما يترتب على عدم قبول التحكيم في العقود الأخرى، هو لجوء الأطراف مباشرا إلى القضاء الإداري رغم وجود شرط التحكيم.

كما يمكن للخصم التمسك ببطلان حكم المحكمين، و لا يعتبر من صدر الحكم ضده مذنبا في حالة عدم قيامه بالتنفيذ. و لقد استقر القضاء في فرنسا على حظر التحكيم على أشخاص القانون العام في المعاملات الداخلية و السماح به في المعاملات الدولية.

أما الاتفاقيات الدولية فلقد أقرت بجواز أن يكون أحد أطراف التحكيم من الأشخاص المعنوية العامة. و مثال ذلك، اتفاقية جنيف المبرمة في 21 أفريل 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي التي صادقت عليها فرنسا في المادة 2 منها.

كما أجازت معاهدة واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الدولي (I C S I D) نفس ما أجازته اتفاقية جنيف.

و قد ذهب القضاء التونسي إلى ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بالرغم من وجود نص تشريعي يحظر على أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم.

أما في مصر فهناك اتجاهان:

يذهب أولهما إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، و يرى أنصار هذا الرأي بوجوب اختصاص محاكم مجلس الدولة في نظر منازعات العقود الإدارية، حيث استندت إلى ذلك المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1990/02/20.

بينما اتجه الرأي الثاني إلى جواز التحكيم في هذه العقود [1] و يرى أنصار هذا الاتجاه أن ما اتجهت إليه المحكمة الإدارية العليا من رفض التحكيم في العقود الإدارية، لا يواكب الحياة الاقتصادية الحديثة التي لا يجب عرقلتها بحجة اعتبارات السيادة الوطنية، لأن العالم اليوم في مجال التجارة الدولية لا يفرق بين الدول و الأفراد، طالما لا يوجد ما يمس بهذه السيادة.

المطلب الرابع: التحكيم في إطار المنظمة العالمية للتجارة

لقد كانت عملية وضع آلية لتسوية المنازعات، من أبرز الإنجازات التي أسفرت عنها اجتماعات المنظمة العالمية للتجارة في جولتها عام 1994 بالأوروغواي. [2] و لعل من أهم هذه الإنجازات التي تحققت خلال هذه الجولة هي إمكانية اللجوء إلى آلية تسوية المنازعات التي تنشأ في إطار منظمة التجارة العالمية W T O لتشمل موضوعات واتفاقيات جديدة كالمنازعات التي تنشأ بمناسبة تطبيق اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية و كذلك اتفاقية الخدمات إلى جانب الاتفاقيات الأخرى الملحقة باتفاقية منظمة التجارة العالمية .

و تضمنت هذه الآلية الجديدة بالإضافة إلى إنشاء و تكوين فرق التحكيم، و تحديد اختصاصاتها، إنشاء هيئة استئنافية ترفع إليها الطعون في قرارات فرق التحكيم.

كما تضمنت مذكرة التفاهم - الملحقة بالاتفاقية - قواعد و نصوص لتنفيذ و تطبيق القرارات الصادرة من جهاز تسوية المنازعات الذي أنشأته المذكرة و الذي يعرف باسم

---

1 / أنظر محمد عبد المجيد إسماعيل – عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، مرجع سابق – ص 393 وما بعدها

2 / حل هذا الخلاف بعد أن كانت سبل بديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية بين دول الاتحاد الأوروبي التي كانت تفضل الطرق الدبلوماسية لتسوية النزاعات و الولايات المتحدة الأمريكية التي كانت ترى بأن تسوية هذه المنازعات يجب أن يكون عبر الطرق القضائية و القانونية من خلال تطبيق قواعد ملزمة للأطراف المتنازعين. و انتهت مفاوضات جولة الأوروغواي بالأخذ بالصيغتين القضائية و القانونية على آلية تسوية النزاعات بما يمثل انتصارا للولايات المتحدة الأمريكية.

جلال وفاء محمدين: تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار اتفاقيات الجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002 الإسكندرية.

Dispute Settlement Body و هو الجهاز الوحيد في المنظمة يقوم بمهمة إنشاء فرق التحكيم، و له سلطة البت في قبول أو رفض النتائج التي يتوصل إليها فريق التحكيم.

أما قضية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، فلقد بينت المادة 25 من مذكرة التفاهم بأن التحكيم هو وسيلة لتسهيل التوصل إلى حلول لبعض النزاعات التي يحددها الأطراف و ذلك وفقا للقواعد و الإجراءات التي يتفقون عليها.

و من ثم فالتحكيم هو تحكيم اتفاقي يخضع بشأن سير قواعده و إجراءاته لاتفاق أطراف النزاع. أما مهمة تكوين فرق التحكيم فهي عملية تم تنظيمها وفقا لمنظمة التجارة العالمية و حددت مذكرة التفاهم قواعدها وإجراءاتها، و ليس للأطراف حرية التصرف بشأنها.

كما تقضي الفقرة 2 من المادة السالفة الذكر بأن اللجوء إلى التحكيم يتوقف على الإرادة المشتركة للأطراف، كما ينبغي أن يتفقا على الإجراءات الواجب إتباعها لتسوية النزاع. [1]

و ما يلاحظ من خلال هذه المادة هو أنها تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، و تركت الباب مفتوحا أمام الأطراف للجوء إلى التحكيم الدولي أو إلى القضاء لتسوية نزاعهم، كما لهم كذلك الحرية في اختيار القواعد التي يرغبون في إتباعها لتسوية ذلك النزاع.

و يجب على طرفي النزاع إبلاغ الأعضاء الآخرين في المنظمة باتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم قبل البدء في إجراءاته.

و بموجب المادة 25 فقرة 3، لا يمكن تدخل أطراف أخرى في المنازعة أو في عملية التحكيم كما توجب هذه المادة على أطراف النزاع الاعتراف بقرار التحكيم و تنفيذه.

و يجب أن يرسل قرار التحكيم إلى جهاز تسوية المنازعات D S B و إلى مجلس المنظمة و اللجان المعنية به، لتمكين باقي أعضاء المنظمة من إبداء تحفظاتهم أو اعتراضاتهم بخصوص هذا القرار التحكيمي.

---

[1] / انظر د. جلال وفاء محمدين – تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار اتفاقيات الجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2002 – ص 51 و ما بعدها

أما فيما يخص فريق التحكيم و إجراءات تشكيله، فلقد تضمنتها المادة 8 من مذكرة التفاهم التي حددت عملية تكوين فريق التحكيم من أفراد حكوميين و/أو غير حكوميين مؤهلين لنظر المنازعة[1]. و في هذا الإطار عملت أمانة المنظمة مثل ما عملت به هيئات تحكيم أخرى مثل غرفة التجارة الدولية بباريس، و ذلك بأنها تحتفظ بقائمة من الخبراء الأفراد ذوي صفات حكومية و غير حكومية، على أن يتم الرجوع إلى هذه القائمة لتشكيل فريق التحكيم، و يتم تكوين هذه القائمة عن طريق اقتراحات الدول الأعضاء كما تدرج ضمن هذه القائمة بصفة دورية و تخضع هذه الاقتراحات إلى موافقة الجهاز.

و لضمان حيدة و استقلالية فريق التحكيم، تحظر المادة 10 فقرة 2 من مذكرة التفاهم، أن يضم فريق التحكيم أعضاء يكون بلدانهم أطرافا في النزاع، إلا إذا تم الاتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك. و لا يحق لطرفي النزاع الاعتراض على فريق التحكيم الذي ترشحه الأمانة إلا لأسباب ملحة، بعد أن تعرض الأمانة أسماء المرشحين على طرفي النزاع. و في حالة عدم توصل الأمانة إلى تشكيل فريق التحكيم خلال مدة 20 يوما، و بناء على طلب أحد الأطراف، يقوم المدير العام بتشكيل الفريق بعد التشاور مع رئيس الجهاز و رئيس المجلس و ذلك بتسمية من يراهم أهلا لعضوية هذا الفريق.

و يقوم رئيس الجهاز بإخطار الأعضاء بتكوين فريق التحكيم خلال مدة 10 أيام من تاريخ تسلمه للطلب.

و اتخذت مذكرة التفاهم إجراءات خاصة لفائدة الدول النامية، حيث أجازت أن يضم فريق التحكيم عضوا واحدا على الأقل من الدول النامية إذا ورد طلب بذلك.

و يتكون فريق التحكيم من عدد فردي من المحكمين ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.[2]

---

1 / راجع المادة 8 فقرة 1 من مذكرة التفاهم : د. جلال وفاء محمدين - تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار اتفاقيات الجات ، مرجع سابق ص 54 و ما بعدها.

2 / تنص المادة 5/8 من مذكرة التفاهم على أن يتكون فريق التحكيم من ثلاثة أعضاء ما لم يتفق طرفا النزاع خلال 10 أيام من تاريخ إنشاء الفريق على تكوينه من 5 أعضاء.

كما أجازت مذكرة التفاهم في حالة تعدد الشكاوى بشأن موضوع واحد، و في الحالات التي يطلب فيها أكثر من عضو، تشكيل فريق تحكيم لنفس الموضوع، أن يتم تشكيل فريق تحكيم واحد للنظر في كل الشكاوى.

و إذا تم تشكيل أكثر من فريق تحكيم واحد، فإنه من المستحسن أن يكون نفس الأشخاص أعضاء في فرق التحكيم المنفصلة. و تجري مداولات فريق التحكيم في السرية و دون حضور أطراف النزاع.

أما فيما يتعلق بمهام و اختصاصات فريق التحكيم، فهي منحصرة أساسا في تقديم المساعدة لجهاز تسوية النزاعات، و ذلك من خلال التقييم الموضوعي للنزاعات المطروحة أمامه، و تزويد الجهاز بكل ما من شأنه أن يساعده على اقتراح الحلول.

ولفريق التحكيم أن يقوم خلال مدة 20 يوما من تاريخ تشكيله ببحث الموضوع الذي تقدم به الطرف الشاكي إلى جهاز تسوية النزاعات، حيث يمكن التوصل إلى حل للنزاع في مرحلة التشاور.

أما إذا لم يحصل ذلك، فعلى فريق التحكيم أن يقدم للمجلس تقريرا كتابيا يتضمن النتائج التي توصل إليها، و مبرراتها و التوصيات التي يقترحها، و لأطراف النزاع الحق في طلب إعادة النظر في بعض جوانب التقرير، حيث يجتمع الفريق مع طرفي النزاع.

و إذا لم يكن هناك طلب إعادة النظر، يعتبر التقرير نهائي، و يتم تعميمه على الأعضاء بعد صدوره من الفريق، و ينبغي اعتماده من طرف الجهاز لتسوية الخلاف.

و يعتمد الجهاز تقرير الفريق خلال الستين يوما التي تلي تعميم التقرير على الأعضاء، ما لم يكن هناك استئناف من طرف أحد الأطراف، أو إلغاء للتقرير من فريق التحكيم نفسه. وفيما يتعلق بمدة عمل فريق التحكيم، فلقد حددتها مذكرة التفاهم بمدة 6 أشهر من تاريخ الاتفاق على تشكيل الفريق ما عدا الحالات المستعجلة التي تقتضي حل النزاع خلال فترة وجيزة لا تتعدى ثلاثة أشهر على الأكثر. [1]

---

[1] / د. جلال وفاء محمدين – تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار اتفاقيات الجات، مرجع سابق ص 23 و ما بعدها.

و بوجه عام فالآلية التي أنشأتها اتفاقية منظمة التجارة العالمية في سبيل تسوية المنازعات، هي الهيئة التي لا يجوز البت في حلول انتهاكات بشأن و تنفيذ الاتفاقية إلا من خلالها ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك وفق شروط محددة في إطار الاتفاقية. و بالإضافة إلى ذلك فقد وضعت مذكرة التفاهم قواعد خاصة تحكم النزاعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء بحيث تكون عملية نظر النزاع وفق قواعد تنظيمية محددة. كما تضمنت مذكرة التفاهم إنشاء هيئة استئناف تقوم بمراجعة تقارير فرق التحكيم ضمانا لحقوق المتنازعين.

المطلب الخامس: حل النزاعات في إطار اتفاق الشراكة الأورو متوسطية

لقد صادقت الجزائر على الاتفاق الأوربي المتوسطي لتأسيس شراكة بينها و بين المجموعة الأوربية بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 159/05 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1426 الموافق 17 أبريل 2005، و الذي كان تتويجا لسنوات عديدة من المفاوضات. و لقد تضمن نص هذا القانون تنصيب هيئة تتولى تسيير و إدارة هذه الشراكة، و تتمثل في مجلس الشراكة الذي يتمتع بسلطة اتخاذ القـرار، و تعتبر قراراته ملزمة بالنسبة للأطراف.

كما تضمن أيضا تنصيب هيئة أخرى تدعى "لجنة الشراكة" و تقوم بدور المنسق بين الدول الأعضاء، و هي مكلفة بتسيير هذا الاتفاق، و لها سلطة اتخاذ القرار في هذا المجال، حيث ترفع لها كل التقارير و المعلومات بشأن الصعوبات التي حدثت أو التي تحدث، و كذا التدابير التي ينوي اتخاذها الطرف المتضرر من تلك الصعاب.[1] و لهذه اللجنة صلاحية النظر في تلك الصعوبات التي رفعت إليها لإيجاد حل لها و عرضها على الطرفين. و في حالة إخفاق هذه اللجنة في إيجاد حل مرضي للطرفين خلال مدة عشرين

[1] / أنظر المادة 5 ف 5 من المرسوم 159/05 المؤرخ في 27 أبريل2005 المتضمن التصديق على الاتفاق الأوربي المتوسطي ، الجريدة الرسمية عدد31 بتاريخ 30 أبريل 2005 ، ص 5

يوما من تاريϙ إTعارها بالقضيϯ، يمكن للطرϨ المتضرر أن يتPذ التدابير التي يراها مǜئمϯ لϑاII الوضع.[1]

و الTيC الذي يمكن مǜحΰتϞϠ مما ϩبق هو أن الTعوبات الϩاϨ ذكرها، هي في الحقيقϯ نزاعات بين اΰطراϨ المتعاϙدا حول تنϐيذ أو تϐϩير العقود المبرمϯ بينها. في حين تعتبر لجنϯ الTراكϯ بمΛابϯ هيϑا التحكيϞ التي تϐT ل في النزاعات، غير أن الحل الذي تتوT ل إليϞ يجϒ أن ينال رضا الطرفان.

ΰنϞ في حالϯ عدϞ حT ول ذاII الرضا، يمكن للطرϨ المتضرر أن يلجϑ إلى اتPاذ تدابير لمعالجϯ الوضع بمϐردϑا، و دون الرجوϒ إلى اللجنϯ. الTيC الذي يجعل الحلول التي تتوT ل إليها اللجنϯ غير ملزمϯ و غير حائزا على ϙوا الTيC المقضي بϞ، كما هو الTϑن بالنϩبϯ لهيئات تحكيϞ أPرă وكما ϩبق و أن أTرنا إلى ذاII ϩابقا.

و فيما يتعلق بمϑϩلϯ ممارϩϯ الدولϯ لϩيادتها على إϙليمها، فلقد كϐل هذا القانون الحق لكل دولϯ طرϨ في ممارϩϯ الϩلطϯ العموميϯ على إϙليمها، و تطبيق تTريعها الداPلي فيما يP ϵ دPول بلدان أPرă إلى ϩوϙها. كما نϵ كذاII على وجوϒ مراعاا كل المϩائل المتعلقϯ بالنϞϠ العاϞ و اΰمن العاϞ والTحϯ العموميϯ في البلد المضيϨ.[2]

و فيما يPϵ تϩويϯ الPǚفات المتعلقϯ بتنϐيذ و تϐϩير هذا اΰتϐاق ـ و هو اΰمر الذي يهمنا ـ فنجد ذاII مكرΣ في مادا واحدا من بين كل بنود هذا اΰتϐاق و هي المادا 100 (فقرا 1و2) التي تقضي بϑن مجلΣ الTراكϯ هو المPول لتϩويϯ الPǚفات بقرار و يكون ϙرارϑا المتضمن للحل ملزما لΰطراϨ.

إذ يعتبر مجلΣ الTراكϯ بمΛابϯ أعلى هيئϯ، و في حالϯ عدϞ توTلϞ إلى إيجاد حل لϑاII الPǚϨ، يمكن اΰتجاϑا لتϩويϯ الPǚϨ عن طريق التحكيϞ. حيϯ يتعين على اΰطراϨ تعيين محكمين و يقوϞ مجلΣ الTراكϯ بتعيين المحكϞ الΛالϯ ، وتتPذ ϙرارات المحكمين باΰغلبيϯ، و يكون ϙرار التحكيϞ ملزما يتعين على كل طرϨ في النزاϒ تطبيقϞ.

---

[1] / أنϠر المادتين 25 و 26 و المادا41 فقرا3، من المرϩوϞ الϩابق، ϵ 10 و 15

[2] / أنϠر المادا 35 فقرا 1و2 من المرϩوϞ الϩابق

و بوجه عام ، ما يمكن استخلاصه من هذا القانون من حيث قضية تسوية النزاعات الاقتصادية بين الأعضاء المنضمة إلى اتفاق الشراكة ، هو أن مجلس الشراكة باعتباره الهيئة العليا، يجب أن ترفع إليه المعلومات بشأن كل الخلافات أو النزاعات التي من شأنها أن تنشأ بين الأطراف بخصوص تنفيذ أو تفسير أحكام هذا الاتفاق.

كما نلاحظ أن هناك تدرجا في عملية حل النزاع تفسيرها، بحيث أنه يتعين على أطراف الخصومة أن يعرضوا نزاعهم على مجلس الشراكة لكي ينظر الدعوى و يفصل في النزاع. و لا يمكن اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع إلا بعد فشل المجلس في إيجاد حل لتسوية الخلاف.

أما فيما يخص تشكيل هيئة التحكيم، فقد نصت الفقرة 4 من المادة 100 [1] السالفة الذكر، على كيفية تشكيل هيئة التحكيم بالطريقة التقليدية المعروفة، بتعيين كل طرف محكما عنه، و تعيين المحكم الثالث من طرف المجلس، كما هو الحال لدى هيئات التحكيم الدولية مثل لغرفة التجارة الدولية و غيرها. و من هذا المنطلق يمكن اعتبار مجلس الشراكة بمثابة هيئة تحكيم دائمة في إطار اتفاق الشراكة.

و استجابة لما تقتضيه المادة 2/41 و المادة 5/35 المتضمنتين احترام حرية المتعاملين و حرية المعاملات التجارية، نرى بأن خروج النزاعات عن إطار هذا الاتفاق و اللجوء إلى هيئات أخرى لتسويتها، أو حتى تنظيم تحكيم خاص ، يعتبر منافيا لتلك الحرية.

و إذا كان هذا الاتفاق قد أشار في مواد عديدة منه إلى الصعوبات التي من شأنها أن تظهر، و إلى التدابير الممكن اتخاذها لتسوية تلك الصعوبات، و الإجراءات الواجب إتباعها لاتخاذ تلك التدابير يلاحظ بأنه اتخذ كل الترتيبات لتفادي اللجوء إلى التحكيم

[1] / تعتبر المادة 100 هي الوحيدة التي تناولت قضية التحكيم في حل النزاعات و هذا نصها:

"1 ـ يمكن لكل طرف إخطار مجلس الشراكة بكل خلاف متعلق بتنفيذ هذا الاتفاق و تفسيره.

2 ـ يمكن لمجلس الشراكة تسوية الخلاف باتخاذ القرار بهذا الشأن.

3 ـ يتعين على كل طرف اتخاذ التدابير اللازمة لضمان تطبيق القرار المشار إليه في الفقرة 2،

يمكن لكل طرف إشعار الطرف الآخر بتعيين حكمه، و يلزم عند إذا هذا الأخير بتعيين حكم ثان في غضون شهرين، و لأغراض تطبيق هذا الإجراء، يتم اعتبار المجموعة و الدول الأعضاء كطرف واحد في النزاع.

يعين مجلس الشراكة حكما ثالثا .

تتخذ قرارات الحكام بالأغلبية.

يتعين على كل طرف في النزاع اتخاذ التدابير المطلوبة لتطبيق قرار الحكام."

بحيث لم نجد أنه لم ينل حقه كما ينبغي. حيث أن المادة الوحيدة التي تضمنت الإشارة إليه ، اقتصرت على كيفية تعيين المحكمين، و تنفيذ قرار التحكيم، و أغفل هذا القانون الإشارة إلى القواعد أو القانون الواجب على المحكمين إتباعه لحل النزاع. كما تبقى مسألة إمكانية لجوء طرفي النزاع إلى هيئات التحكيم الدولية من عدمه بدون جواب.

و نرى أنه كان من الأجدر أن يتبع هذا الاتفاق باتفاق تحكيمي بين الجزائر و المجموعة الأوروبية، مثل ما حدث بين الجزائر و فرنسا سنة 1982 حينما قامت الدولتين باتفاق تعاون بينهما، و أتبعت هذه الاتفاقية باتفاق تحكيمي في 27 مارس 1983 بين الحكومتين.

خـــاتـمــة

لقد تم على مستوى الوطن العربي إبرام عدة اتفاقيات بشأن التحكيم الدولي و تنقسم هذه الاتفاقيات إلى قسمين:

فهناك اتفاقيات تتضمن تسوية النزاعات عن طريق التحكيم و أبرزها:

- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980
- الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987.

و القسم الثاني يضم الاتفاقيات التي تتضمن تنفيذ قرارات التحكيم و أبرزها:

- اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لعام 1952.
- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983.

كما تم إنشاء مراكز و هيئات تحكيم دائمة في العديد من الدول العربية نذكر منها:

1- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي التابع للجنة الاستشارية القانونية الأفرو- أسيوية، و الذي يعود إنشاؤه لسنة 1987 و يطبق هذا المركز قواعد اليونسترال بوجه عام.

2- الهيئة العربية – الأوربية للتحكيم التجاري التابعة لغرفة التجارة العربية- الأوربية. و تم وضع قواعد التحكيم الخاصة بهذه الهيئة سنة1982 و أصبحت نافذة اعتبارا من 1983/01/10.

3- مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي الذي أنشئ سنة 1993.

4- مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي الذي أنشئ سنة 1993.

5- غرفة تجارة و صناعة دبي، التي صدر بشأنها نظام التوفيق و التحكيم رقم 2 لسنة 1994.

6- غرفة تجارة و صناعة أبو ظبي، و التي صدر بشأنها نظام المصالحة و التحكيم التجاري سنة 1994.

7- الجمعية اللبنانية للتحكيم التي أنشئت سنة 1995 و لها نظام تحكيمي خاص بها.

8- المركز اليمني للتوفيق و التحكيم الذي أنشئ سنة 1997، و له قواعد تحكيمية خاصة به.

هذا بالإضافة إلى احتضان فروع لهيئات تحكيم دولية مثل غرفة التجارة الدولية مثل ما هو الحال في الجزائر، التي لاحظنا أنه بالرغم من الانتقادات التي كانت توجهها للتحكيم التجاري الدولي، و مثلها في ذلك مثل دول نامية كثيرة، نظرا لما كانت ترى فيه من تهديد لسيادتها من جراء استبعاد تطبيق قانونها في حل النزاعات، إلا أنها أصبحت تقبل به و كرسته بنص صريح و خاصة بعد صدور الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، و خاصة في مجال المحروقات التي اعتبرت الميدان الحساس في العلاقات الجزائرية الفرنسية بعد الاستقلال. فكانت النزاعات الناشئة عن العقود المبرمة في هذا المجال تحول إلى مجلس الدولة الفرنسي، ثم انتقلت إلى التحكيم الدولي عوض أن تحول إلى المحكمة العليا الجزائرية.

و ما يمكن ملاحظته، هو استقرار المعاملات في ميدان المحروقات بين 1971و 1991 و كانت الأزمة الاقتصادية التي مرت بها الجزائر في تلك الفترة هي السبب في لجوء المشرع الجزائري إلى التحكيم، في حين كان لجوؤه إليه في الستينات بسبب وجود الجزائر في موقف ضعيف نتيجة حداثة استقلالها. أما بعد الإصلاحات التي باشرتها الجزائر و اكتساب المؤسسات الخبرة و تجربة في ميدان التحكيم، لم يعد هناك ما يبرر التردد بشأن اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال المحروقات. غير أنه يتضح من نص القانون المتعلق بالمحروقات في إطار اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوربي بشأن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لا يتم إلا بعد استنفاذ محاولات الحلول عن طريق التراضي أو بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات إذا لم يكن عنصر أجنبي طرفا في النزاع. و في حالة عدم إيجاد تسوية لخلاف، في هذه الحالة يعرض النزاع على التحكيم الدولي.

أما بالنسبة للمؤسسات الاقتصادية فلم يكن يسمح لها باللجوء إلى التحكيم قبل سنة 1966. لأن التحكيم بصفة عامة في الجزائر كان محكوم بالقانون الفرنسي الذي يمنع التحكيم على الدولة و الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام.

و لقد انقسم الرأي بشأن جواز لجوء المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم من عدمه إلى قسمين في بادئ الأمر، و لم يتضح ذلك إلا بعد سنة 1988 بعد صدور القانون رقم

01/88 و بعدها المرسوم التشريعي رقم 08/94، حيث أصبح بإمكان المؤسسات العمومية المطالبة بالتحكيم.

أما في ميدان الاستثمار، فما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الجزائري ترك الباب مفتوحا أمام اللجوء إلى التحكيم الدولي في قانون 1963. بينما أوكل الاختصاص في حل النزاعات إلى المحاكم الجزائرية في قانون 1966، و بعد ذلك القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد و القرض الذي نص على الاختصاص المحكمة العليا الجزائرية و استبعد النص على اللجوء إلى التحكيم الدولي. أما قانون 12/93 فقد نص صراحة على اللجوء إلى التحكيم الدولي و لكن بتحفظ كما جاء في نص المادة 41 منه.

أما بخصوص الشركات ذات الاقتصاد المختلط، فقد أخضعت إلى التحكيم الدولي بناء على القانون 10/90 الذي نص على الاستثمار المباشر، و لم ينص على الاستثمار عن طريق الشركات ذات الاقتصاد المختلط. و السبب في ذلك يعود إلى الأزمة الاقتصادية التي عرفتها الجزائر في تلك الفترة.

أما بعد صدور القانون رقم 12/93 أصبحت الشركات ذات الاقتصاد المختلط تخضع لهذا القانون الذي ألغى قانوني 13/82 و 13/86.

و في إطار عقود نقل التكنولوجيا هناك تفسير مفاده أن الشركات المهيمنة على التكنولوجيا، تكون قد فرضت على الجزائر إخضاع تسوية النزاعات الناشئة عن تلك العقود إلى التحكيم الدولي، و تكون الجزائر قد فرضت بالمقابل تطبيق القانون الجزائري على هذه العقود.

أما فيما يخص الاتفاق على التحكيم، فيمكن حصره في ذلك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف باللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات التي نشأت بينهم فعلا، أو المحتمل نشوئها في المستقبل، إذا كانت هذه النزاعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية. و هذا هو التعريف التقليدي الذي اجتمع عليه أغلب الفقه.

و إذا كان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي متوقف على توافق إرادة الأطراف كما يتضح من خلال هذا التعريف، فبإمكان هذا التحكيم أن يكون دوليا لما يتعلق النزاع بعلاقة تشمل عنصر أجنبي. و بذلك تكون الطبيعة الدولية للنزاع هي التي تحدد مدى دولية

التحكيم. كما يكون هذا التحكيم وطنيا لما تكون كل مكوناته أو عناصره منحصرة في دولة معينة واحدة.

و إذا كان الأصل هو أن اللجوء إلى التحكيم هو تصرف اختياري من قبل طرفي النزاع إلا أن بعض النصوص القانونية قد تفرض في بعض الحالات اللجوء إلى التحكيم. بحيث لا يجوز اللجوء إلى القضاء العادي في تلك الحالات، أو يكون اللجوء إليه مرهون بمراعاة أحكام تلك النصوص . و هذا الشكل من التحكيم هو ما يصطلح عليه بالتحكيم الإجباري، إذ لا يعتد فيه بإرادة الأطراف.

و من المعلوم أن هناك هيئات تحكيم دائمة منتشرة عبر الكثير من دول العالم تتولى تنظيم العملية التحكيمية لمن يطلبها. و هذا ما يصطلح عليه بالتحكيم المنظم، أو المؤسسي. كما قد يلجأ المتنازعين في التجارة الدولية لحل نزاعاتهم إلى ما يسمى بالتحكيم الحر، الذي يجري وفق مشيئتهم في كل جوانبه. حيث يقومون بأنفسهم بجميع المهام التي تقوم بها هيئة التحكيم الدائمة، من حيث اختيار المحكمين، و تحديد إجراءات التحكيم، و المكان الذي يجري به التحكيم...إلخ.

و لقد حاولنا من خلال هذا البحث توضيح مسألة مدى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أو تبعيته إليه. و ذلك بالتطرق لعدة آراء فقهية حول هذا الموضوع. و نظرا إلى أن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أساسها اختلاف موضوع العقد عن موضوع اتفاق التحكيم، أصبح هذا المبدأ من المبادئ التي استقرت عليها القوانين الوطنية و المعاهدات الدولية و لوائح التحكيم. حيث يعتبر اتفاق التحكيم بمثابة عقد ثاني منفصل عن العقد الأصلي.

أما فيما يخص طبيعة التحكيم، فلقد تناولناها من خلال قرار التحكيم الذي في حالة ما إذا اعتبرناه اتفاقا بمنظور النظرية التعاقدية، كان هذا القرار غير واجب التنفيذ في غياب وجود نص . و إذا اعتبرناه حكما من منظور الطبيعة القضائية للتحكيم كان هذا القرار قابلا للتنفيذ لذاته بمجرد وضع الصيغة التنفيذية عليه من قبل رئيس المحكمة أو قاضي التنفيذ أو أية جهة أخرى.

أما مسألة تشكيل محكمة التحكيم، فلقد استقرت معظم القوانين الوطنية

و المعاهدات الدولية، و لوائح التحكيم على الطريقة التقليدية التي تقضي بتشكيل المحكمة وفقا لإرادة الأطراف و مراعاة المساواة بينهم، و أن يكون عدد المحكمين وترا، و تقوم الهيئة التي تتولى العملية التحكيمية بتعيين المحكم الثالث أو الفيصل، بينما يقوم كل طرف بتعيين محكما عنه.

أما مسألة تحديد القواعد أو القانون الواجب التطبيق، فلقد تناولناها من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع، ثم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

و ذلك من بالنظر إلى لوائح و قوانين بعض هيئات التحكيم الدولية، و المعاهدات الدولية.

كما حاولنا إظهار أهمية مكان التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق. و بالرغم من تعدد المعايير المعتمدة في ذلك، إلا أن معيار الإرادة هو الذي يحتل المرتبة الأولى.

و لأجل الخروج بصورة تقييمية، حاولنا إبراز مدى ملائمة التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في التجارة الدولية. حيث ترتكز تلك القابلية على شرط اتفاق التحكيم كما أن قابلية حكم التحكيم للتنفيذ مقيدة بقابلية المنازعة للحل عن طريق التحكيم.

كما حاولنا توضيح قضية اللجوء إلى التحكيم الدولي في بعض العقود مثل عقود الدولة و العقود الإدارية، و ذلك باستحضار بعض الآراء الفقهية و القوانين الوطنية و اللوائح الدولية. و في الأخير ألقينا نظرة على عملية تسوية النزاعات في إطار المنظمة العالمية للتجارة، و كذلك في إطار اتفاق الشراكة بين الجزائر و الاتحاد الأوربي.

و إذا كان موضوع التحكيم التجاري الدولي قد حاز على اهتمام العديد من الكتاب و الباحثين في مجال القانون، في كل بلدان العالم، و هناك كتابات في هذا الموضوع بمختلف اللغات. فإن عملية حصر هذا الموضوع و السيطرة عليه، كانت من الصعوبة بمكان، نتيجة لتعدد و اختلاف الدراسات التي تناولته سواء في الوطن العربي أو في أوربا و العالم بشكل عام.

أملي أن أكون قد وفقت، فإن أصبت فمن الله، و إن أخطأت فمن نفسي و من الشيطان.

قـائمـة المراجـع باللغـة العربيـة:

1- د فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة) ط5- 1997، دار الثقافة للنشر و التوزيع – الأردن.

2- د منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، 1995، دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية.

3- د منير عبد المجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي، 1997 منشأة المعارف - الإسكندرية.

4- د منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي(في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم) 2000، منشأة المعارف الإسكندرية.

5- د أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، 1981 دار الفكر العربي- القاهرة.

6- عليوش قربوع كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، 2001، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر.

7- د أحمد عبد الحميد عشوش : التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار(دراسة مقارنة) 1990 مؤسسة شباب الجامعة – الإسكندرية.

8- عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية1995

9- د محمد عبد الفتاح ترك: التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري) 2003 دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية.

10- معوض عبد التواب: المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، ط1 1997، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية.

11- أ سائح سنقوقة: قانون الإجراءات المدنية (نصا و تعليقا و شرحا و تطبيقا) دار الهدى عين مليلة – الجزائر.

12- د محمد علي جواد: العقود الدولية (مفاوضاتها، إبرامها و تنفيذها)1997 دار الثقافة للنشر و التوزيع – عمان.

13- طالب حسن موسى: الموجز في قانون التجارة الدولية،1997 دار الثقافة للنشر و التوزيع – عمان.

14- أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي: النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، ط1 1994 المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع – صنعاء.

15- د حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، 2001 دار الفكر الجامعي – الاسكندرية.

16- د حفيظة السيد الحداد: الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية و الوحدة، 2000 دار الفكر الجامعي – الاسكندرية.

17- د حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية و أثرها على القانون الواجب التطبيق، 2001 دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية.

18- د حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، 2001 دار الفكر الجامعي – الاسكندرية.

19- د هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،1995، منشأة المعارف – الاسكندرية.

20- عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار 1993 دار النهضة العربية – القاهرة.

21- عبد الحميد الأحدب: التحكيم الدولي، ج2 1998 دار المعارف – الاسكندرية.

22- د محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي(دراسة في قانون التجارة الدولية) دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع.

23- د جمال وفاء محمدين: تسوية منازعات التجارة الدولي في إطار اتفاقيات الجات، 2002 دار الجامعة الجديدة للنشر بالاسكندرية.

24- محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها، 2003 منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان.

25- د قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات) 2004 دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع – الجزائر.

26- كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، ط1 دار الفكر الجامعي بالإسكندرية 1991
27- بلقاسم أعراب: القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين) دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع2002 الجزائر.

قوانين مراسيم و قرارات:

1/ـ مرسوم تشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية عدد 64 بتاريخ 10 أكتوبر 1993 .

2/ـ الأمر رقم 04/95 مؤرخ في 21جانفي 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالفصل في النزاعات الخاصة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى .

3/ـ قانون رقم 277/63 مؤرخ في 26 جويلية 1963 ـ الجريدة الرسمية عدد 53 بتاريخ 2 أوت 1963

4/- الأمر رقم 284/66 مؤرخ في 10 سبتمبر 1963 المتضمن قانون الاستثمارات - الجريدة الرسمية عدد 54 الصادرة بتاريخ 15 سبتمبر 1966

5/- القانون رقم91/21 مؤرخ في 04 ديسمبر 1991 يعدل و يتمم القانون رقم 14/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 - الجريدة الرسمية عدد 63
6/ـ الأمر رقم 22/71 مؤرخ في 12 أفريل 1971 يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل و استغلاله.

7/ـ و الأمر رقم 24/71 المتضمن تعديل الأمر رقم 1111/58 المؤرخ في 22نوفمبر 1958 المتعلق بالبحث عن الوقود و استغلاله و نقله ـ الجريدة الرسمية عدد 30 بتاريخ 30 أفريل 1971

8/- مرسوم رئاسي رقم 159/05 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1426 الموافق 27 أبريل 2005 يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة
و المجموعة الأوروبية و الدول الأعضاء فيها من جهة أخرى الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل 2002، و كذا ملاحقه من1 إلى 6 و البروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 و الوثيقة النهائية المرفقة به.

قائمة المراجع باللغة الفرنسية :

1 – TERKI (N) – l'arbitrage commerciale international en Algérie , o.p.u Alger , 1999 .
2 –TERKI Nour eddine. Les sociétés étrangères en Algérie O .P.U Alger
3 – AMAR ZAHI l'état et l'arbitrage ,o .p. u Alger

4- Mahfoud Bouhacene Droit international de la coopération industrielle .O .P .U 1982 Alger
5- publication C. C.I , N°800
6 – publication C.C.I, N° 808
7- Charles jarrosson -édition juris-classeur-1998 Fascicule 2003

الأنترنات:

Islamonline.net /1
Law & Arbitration center.net /2

الملاحق

ملحق رقم1

صيغة اتفاق تحكيم

إنه في يوم ....

حرر هذا العقد بين كل من :

أولا : السيد/............و مقيم.........طرف أول

ثانيا: السيد/.............و مقيم.........طرف ثان

أقر المتعاقدان بأهليتهما للتصرف و اتفقا على ما يلي:

المادة الأولى: بتاريخ..../..../....تحرر عقد.... بين الطرفين اشترط بالمادة ....منه ما يأتي:.....(تنقل المادة حرفيا). و قد اختلف الطرفان في تفسير هذه المادة فادعى " الأول" أن معناها (يذكر ادعاءه بالتفصيل) في حين أن "الثاني" يدعي أن معناها (يذكر ادعاءه بالتفصيل أيضا).

و حسما للنزاع القائم و تجنبا لدفع رسوم الدعوى و بطء الإجراءات أمام المحكمة اتفق الطرفان على عرض النزاع على هيئة تحكيم يكون حكمها نهائيا و غير قابل لأي طعن .

المادة الثانية: عين المتعاقدان كمحكمين السادة:

(1) ....

(2) ....

(3) ....

(يجب أن يكون عدد المحكمين وترا) (و يكونون غير قابلين للعزل إلا بموافقة الطرفين).

المادة الثالثة: مواد الخلاف الموكول للمحكمين الفصل فيها هي الآتية:

(1)......................

(2).......................

(3)......................

(يجب تحديد نقاط النزاع المطلوب الفصل فيها تحديدا تاما و يستحسن عرضها بشكل أسئلة).

المادة الرابعة: يعين المحكمون الطريقة التي تتبع أمامهم في المرافعة و تقديم الأدلة و المستندات و المذكرات و مدة قبل الطرفان تنفيذ ما يأمرونهما به.

المادة الخامسة: على المحكمين إصدار حكمهم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان.

ملاحظة: إذا لم يشترط أجل للحكم وجب على المحكمين إصدارها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بدء التحكيم.

المادة السادسة: يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين إذا كانوا أكثر من واحد.

المادة السابعة: على المحكمين إيداع أصل الحكم الصادر منهم أو صورة موقعة منه بقلم كتاب المحكمة و يصير هذا الحكم واجب التنفيذ بأمر من رئيس المحكمة المختصة ذكرها أو من يندبه من قضاتها بناء على طلب أحد طرفي التحكيم.

المادة الثامنة: يكون الحكم الذي يصدر من المحكمين ـ وفقا لهذا العقد ـ نهائيا و غير قابل لأي طعن.

المادة التاسعة: مصروفات هذا العقد و أتعابه يدفعها الطرفان مناصفة أما مصروفات الإجراءات و أتعاب المحكمين فيلزم بها من يحكم ضده من الطرفين.

المادة العاشرة: حرر هذا العقد من خمس نسخ بيد كل طرف نسخة منه و تسلم واحدا من النسخ الباقية لكل من المحكمين.

ملحق رقم2

صيغة حكم تحكيم

إننا في يوم.....بحضورنا نحن.....و.....المجتمعون بهيئة تحكيم بمكتب أو بمنزل.....(يبين مكان الاجتماع).

و بناء على اتفاق التحكيم المحرر بين "أ" و "ب" بتاريخ.....المرافق لهذا الذي بمقتضاه أوكل إلينا أمر الفصل في مواد النزاع الموضحة بالعقد المذكور، و بعد الاطلاع على :

أولا: اتفاق التحكيم الموضح أعلاه، و الوارد على مواد الخلاف المطلوب منا الفصل فيها .

ثانيا: المستندات المقدمة لنا من"أ" و هي عبارة عن.....(تذكر المستندات تفصيليا)

ثالثا: المستندات المقدمة لنا من"ب"، و هي عبارة عن......(تذكر المستندات تفصيليا) .

رابعا: المذكرات التحريرية المقدمة من الطرفين بتاريخ......و.......الخ

و بعد سماع أقوال الطرفين الشفوية و مناقشتهما فيها كما هو ثابت بمحاضر الجلسات. حيث أن مواد النزاع المعروضة علينا هي.......(توضح مواد النزاع بالتفصيل) .

و حيث أنه ثبت لدينا..........

و حيث أننا نرى الحكم فيها بالكيفية الآتية:

لهـــذه الأسبـــاب

حكمنا بصفة نهائية غير قابلة للطعن ل......مع إلزام "أ" أو "ب" بالمصروفات و الأتعاب التي قدرناها بمبلغ ....أو مناصفة بينهما .

ملحق رقم 3

بعض قضايا التحكيم المشهورة

قضية هضبة الأهرام أمام المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار

تقدمت الشركة properties s.p.p ذات المسؤولية المحدودة و التي تتمتع بجنسية Hong-kong و ينحصر نشاطها مكانيا في منطقة الشرق الأوسط بطلب للتحكيم أمام المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار بهدف إلزام جمهورية مصر العربية بدفع التعويض المترتب على قيامها بإلغاء مشروع هضبة الأهرام .

و لقد تمسكت جمهورية مصر العربية بعدم اختصاص المركز بنظر المنازعة

و لقد تشكل المركز ، محكمة تحكيم مكونة من Robert Pietrovski. قامت الشركة المدعية بتعيينه محكما ،و محمد أمين المهدي الذي قامت مصر بتعيينه محكما ، كما تم اختيار الأستاذ Eduardo Jimenz de Arechago رئيسا للمحكمة ، و ذلك باتفاق الطرفين . و لقد بدأت المحكمة بالفصل في مسألة اختصاصها . و لقد أصدرت المحكمة حكمين تمهيديين بتاريخ 27 نوفمبر 1985 و 14أبريل 1988 ، وذلك بعد أن تدخلت في ذات الدعوى بناء على موافقة مصر ، الشركة Soutern Pacific Production(S P P) و هي الشركة الأم لـ(SP P) الشرق الأوسط .

و لقد أصدرت المحكمة حكمها الأول بإجماع الآراء و الثاني بأغلبية الآراء مع وجود رأي مخالف للأستاذ المهدي .

و لقد تم إدماج هذين الحكمين التمهيديين المتعلقين بالاختصاص عن طريق الإشارة إليهما في الحكم النهائي الفاصل في الموضوع و الذي صدر في 20ماي1992 .

و في الحكم التمهيدي الصادر في المحكمة في 27 نوفمبر 1985 ، فصلت
محكمة التحكيم في أوجه الدفاع الأولية المقدمة من الطرف المصري . و يمكن
تلخيص أوجه الدفاع المقدمة من الطرف المصري على النحو التالي :
إن انعقاد الاختصاص للمركز الدولي للتحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن
الاستثمار
يقتضي ، اتفاق الأطراف و تراضيها على الخضوع لتحكيم المركز ، و إن
رضاء الأطراف في الخضوع لتحكيم المركز يعد مانعا لهما من اللجوء إلى أي
قضاء آخر و هو ما يفهم من نص المادة 26 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز
و التي تنص على :" اتفاق الأطراف على التحكيم المعمول به في إطار الاتفاقية
الحالية ،يعد بمثابة تنازل عن اللجوء إلى أية وسيلة أخرى للرجوع من أحد
الأطراف على الطرف الآخر، و ذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف."
ولما كان من الثابت من الأحداث التي أعقبت إلغاء الحكومة المصرية لمشروع
واحة الأهرام ، أن الشركات المدعية قامت بالالتجاء إلى محكمة التحكيم المشكلة
وفقا لغرفة التجارة الدولية بباريس ، بدعوة أن وزير السياحة قام بالتصديق على
العقد الموقع بين S P P و الجهاز المصري Eghot ، من أجل إقامة المشروع
فإن مسلك الشركات المدعية يقطع بعدم توافر الرضاء الذي يتطلبه من أجل
انعقاد الاختصاص للمركز ، على نحو ما تقتضيه المادة 25 من اتفاقية واشنطن
و قد رفضت محكمة التحكيم الأخذ بهذا الوجه من أوجه الدفاع المقدمة من الطرف
المصري للأسباب التالية :
أولا: إن المادة 26 من اتفاقية واشنطن لا تفيد بأن رضاء الأطراف بالخضوع
للاختصاص المركز يعد رضاء معيبا، إذا لم يتفق الأطراف باستبعاد كل طريق
آخر للمطالبة، بل أن العكس هو الصحيح. فالمادة 26 تنص على أن الرضاء
باختصاص المركز، يفسر على أنه مانع لأي طريق آخر للمطالبة، إلا إذا كان
هناك اتفاق مخالف.

و بناء على ذلك فإن عدم التنازل عن أوجه الرجوع الأخرى، لا يؤثر في اختصاص المركز. علاوة على أن القيد الذي وضعته المادة 26 و المتمثل في ضرورة وجود اتفاق مخالف، يتيح للطرف قبول اختصاص المركز دون التنازل عن حق الالتجاء إلى طريق آخر للمطالبة بالحق. و هذا التفسير الذي توصلت إليه المحكمة يدعمه ما هو ثابت بالأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن. فجميع التعليقات الخاصة بالمادة 26 تؤيد أن الطرف الذي يقبل اختصاص المركز له الحق في الاحتفاظ باللجوء إلى وسائل أخرى للرجوع للمطالبة بحقه.

و يترتب على ذلك التفسير الذي تبنته المحكمة في المادة 26 من الاتفاقية أن هذه المادة لا تمنع قبول الطلب المقدم من الشركتين المدعيتين، و هو ما يعني أنها أقرت بانعقاد الاختصاص للمركز.

أما أوجه الدفاع الثاني الذي تمسك به الطرف المصري فينصب على شروط تطبيق القانون المصري رقم 43 لسنة 1974 المعروف بقانون استثمار رأس المال العربي و الأجنبي و الذي استندت عليه الشركة المدعية من أجل التمسك باختصاص المركز. إذ أن المادة 8 من هذا القانون تشير إلى المركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

و لقد تمسك الطرف المصري بأن هذا القانون، لا محل لتطبيقه على واقعة الحال، منذ اللحظة التي قامت فيها مصر بسحب الترخيص من المشروع. إذ يعد ذلك الترخيص شرطا ضروريا من أجل تطبيق القانون رقم43 المذكور.

و تعقيبا على ذلك الوجه من أوجه الدفاع، لاحظت المحكمة، وذلك دون التعرض لمسألة استقلالية شرط التحكيم،أن مصر لم تقم بإلغاء القانون رقم43 قبل أن تتقدم الشركة المدعية بطلبها إلى المركز و هي في الواقع لم تقم بإلغائه إلا فيما بعد في عام 1989. و لما كان هذا القانون بمثابة إيجاب صادر من الحكومة المصرية بقبول اختصاص المركز، قبل إبطال مشروع واحة الأهرام،فإن سحب الموافقة على المشروع لا تعتبر بمثابة سحب لهذا الإيجاب الصادر عن الحكومة المصرية.

فǚǄ المȉروǷ Ǚ ينǘي واǂعة ǃيابǘ اǗستثمار تطبيقا لنȉ و ƨ القانون رǁǄ43.

و بناǄ على ذلǁ فǚن محكمة التحكيǘ انتهت إلى النتيجة التالية و هي أن القانون رǁǄ43 واجǢ التطبيق على المنازعة المعروضة عليها لتعلقها باǗستثمار المنȉ و ƨ عليǊ في القانون المذكور.

و لقد تمǁ الطرƻ المȉري أيضا بدفع ثاǃ ة يتعلق باǃȉ لȉ ƨ المركز. فمن وجهة النǛار المȉرية فǚن المادة 8 من القانون 43 Ǚ تقطع وحدها بقبول اǃȉ لȉ ƨ المركز، و الذي Ǚ يمكن أن يتحقق إǗ بناǄ على اتǚاق محدد ƨ لȉ بهذا اǕمر.و ردا على ذلǁ الدفع ǃدرت محكمة التحكيǘ بتاريǸ 27 نوفمبر 1985 أن هذǽ المǁألة الجوهرية Ǚ يمكن الǚȉل فيها إǗ بعد التǖكد من مǁألة ما إذا كان الطرفان ǃد اتǚقوا على ȉكل Ȅǃر من أȉكال التحكيǘ، كالتحكيǘ وفقا لنǛاǘ غرفة التجارة الدولية بباريǅ أǁ Ǘ ، لحل المنازعات الناȉئة بينهما.

الفهرس